



Les Entretiens du Palais-Royal :

**Contrat de partenariat, marché public,
délégation de service public...
Que choisir et comment choisir ?**

**16 décembre 2008, à l'Ecole Nationale d'Administration
2 avenue de l'Observatoire, 75006 PARIS**

DOSSIER DOCUMENTAIRE :

• Programme de la journée

PAGE

I- LE TROISIEME ENTRETIEN DU PALAIS-ROYAL EN DROIT PUBLIC ECONOMIQUE POUR L'ANNEE 2008 : « CONTRAT DE PARTENARIAT, MARCHÉ PUBLIC, DELEGATION DE SERVICE PUBLIC... QUE CHOISIR ET COMMENT CHOISIR ? »

4

1. Genèse du cycle des « Entretiens du Palais-Royal » : trois thèmes en 2008
2. Présentation de l'Entretien « Contrat de partenariat, marché public et DSP : que choisir et comment choisir ? »

II- LE CADRE JURIDIQUE : EVOLUTIONS, MISE EN ŒUVRE, INDICATEURS

5

1. Les repères historiques
2. La législation française
3. La législation communautaire
4. Eléments de droit comparé
5. Statistiques
6. Bibliographie générale

III- LES DEBATS : ACTEURS, ENJEUX ET PERSPECTIVES

26

• L'ouverture de l'Entretien par Jean-Marc Sauvé et Gauthier Pierens

1. TABLE RONDE N° 1 : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages.

- | | |
|--|------|
| ✓ Présentation générale et présentation des intervenants | p.27 |
| ✓ Textes principaux et jurisprudences | p.29 |
| ✓ Articles de doctrine | p.32 |
| ✓ Bibliographie sommaire | p.47 |

2. TABLE RONDE N° 2 : Les critères de choix du type de contrat : cas pratiques et retours d'expérience

- | | |
|--|------|
| ✓ Présentation générale et présentation des intervenants | p.48 |
| ✓ Articles de doctrine | p.50 |
| ✓ Bibliographie sommaire | p.55 |

3. TABLE RONDE N° 3 : Quels risques, pour qui ?

- | | |
|--|------|
| ✓ Présentation générale et présentation des intervenants | p.56 |
| ✓ Textes principaux et jurisprudences | p.58 |
| ✓ Articles de doctrine | p.60 |
| ✓ Bibliographie sommaire | p.66 |

4. TABLE RONDE N° 4 : Prévention et règlement des difficultés d'exécution des contrats et des litiges

- | | |
|--|------|
| ✓ Présentation générale et présentation des intervenants | p.67 |
| ✓ Textes principaux et jurisprudences | p.69 |
| ✓ Articles de doctrine | p.71 |
| ✓ Bibliographie sommaire | p.74 |

• La conclusion de l'Entretien par Philippe Terneyre

p.75

Ce dossier a été réalisé par Marie-Amélie LE PANNERER sous la responsabilité de la Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat.

Les intervenants des tables rondes ont également contribué à l'élaboration du présent dossier.

PROGRAMME

9h00 - Séance d'ouverture

M. Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'Etat

M. Gauthier PIERENS, Chef d'unité adjoint de l'unité "Conception et mise en œuvre de la législation des marchés publics " - Direction générale "Marché intérieur et Services" - Commission européenne

9h30 – La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages

Présidence : M. Alain MENEMENIS, président de la troisième sous-section du contentieux du Conseil d'Etat

Intervenants :

M. François LICHÈRE, Professeur à l'université Aix-Marseille III ; consultant Eversheds Paris

M. Jean LHOMME, Avocat - Cabinet Proskauer Rose

M. Jean-Marc KIVIATKOWSKI, Directeur des Affaires juridiques et du Contrôle Interne - Groupe Bouygues Construction

M. Patrick VANDEVOORDE, Responsable du département infrastructures d'intérêt général-Caisse des dépôts et consignations

« Trouble-fête » :

M. Jean-Pierre SUEUR, Sénateur du Loiret

Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, Sénatrice de la Gironde, ancienne présidente du groupe d'étude PPP à l'Assemblée nationale

11h00 – Les critères de choix du type de contrat : cas pratiques et retours d'expérience

Présidence : M. Noël de SAINT PULGENT, Président de la Mission d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat

Intervenants :

M. Jean-Pierre WEISS, Directeur général de l'établissement public du palais de justice de Paris (EPPJP)

M. Marc FORNACCIARI, Avocat spécialisé en droit public des affaires - Cabinet Salans

M. Stéphane DUHR, Banquier investisseur - Barclays Private Equity

M. Serge PIOLA, Ingénieur consultant - Cabinet Clément et Associés

« Trouble-fête » :

M. Christian GERMA, Directeur - Vinci Construction

M. Patrick SPILLIAERT, Magistrat à la Cour des comptes; Ancien Secrétaire Général de Veolia-Compagnie générale des eaux

12h30 - DEJEUNER.

14h00- Quels risques, pour qui ?

Présidence : M. Claude MARTINAND, Vice-président du Conseil général de l'environnement et du développement durable et Président de l'Institut de la gestion déléguée (IGD)

Intervenants :

M. Noël de SAINT PULGENT, Président de la Mission d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat

M. Pierre VAN DE VYVER, Délégué général-Institut de la gestion déléguée (IGD)

M. Gérard MAJCHERCZYK, Directeur - Eiffage Construction Services

M. Stéphane JULY, Directeur - Barclays Private Equity

« Trouble-fête » :

Mme Brigitte LOYE DEROUBAIX, Architecte -SCP Béguin Macchini

M. Jean-Luc CHAMPY, Avocat - Cabinet Allen & Overy

15h30 – Prévention et règlement des difficultés d'exécution des contrats et des litiges

Présidence : M. Daniel LABETOULLE, Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat

Intervenants :

M. Gilles TEMPLE, Chef de projet - Icade; directeur - Agence Santé Ouest

M. Marc de MONSEMBERNARD, Avocat - Cabinet Klein Godard et Associés

M. Christophe VENANCE, Juriste - GTM Vinci

Mme Christine MAUGÛE, Conseiller d'Etat

« Trouble-fête » :

M. Laurent DERUY, Avocat associé - Cabinet Gide Loyrette Nouel ; administrateur de l'Institut de la gestion déléguée (IGD)

Mme Diane POUGET, Directrice déléguée aux programmes PPP - Agence Publique pour l'Immobilier de la Justice (APIJ)

17h30 – Séance de clôture

M. Philippe TERNEYRE, Professeur de droit public à l'université de Pau

I- Le troisième Entretien du Palais-Royal en droit public économique pour l'année 2008 : « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir ? »

1- Genèse du cycle des « Entretiens du Palais-Royal » : trois thèmes en 2008

Un cycle de rencontres sur le droit public économique a été lancé en 2007 sous le nom d'« Entretiens du Palais-Royal », aux fins de renforcer le dialogue entre le Conseil d'Etat et les principaux acteurs concernés par ce thème au sein des institutions, des entreprises, ou parmi les praticiens nationaux ou européens du droit public comme privé.

L'importance du droit public économique et le rôle des juridictions administratives échappent le plus souvent aux non-spécialistes. Pourtant, des pans entiers de l'activité économique sont régis par le droit public, notamment le contrôle des aides d'Etat et celui des concentrations économiques, les partenariats public-privé et les délégations de service public, la passation des contrats et des marchés publics, les services en réseau, l'activité bancaire et les assurances, ou encore la tarification de nombreux biens et services dans les secteurs les plus divers.

Le Conseil d'Etat est acteur à part entière des évolutions de l'économie nationale, comme en témoigne l'avis de la section des finances du 21 décembre 2000 qui a préfiguré la réforme de la loi organique relative aux lois de finances. Au titre de sa fonction consultative, les avis qu'il rend contribuent à faire évoluer le cadre juridique de la concurrence, le statut des entreprises publiques, le code des marchés publics, le droit fiscal et financier... Juge de droit commun du droit communautaire dans la plupart de ces matières, le juge administratif n'est pas et ne saurait être un juge coupé des réalités ou des débats économiques.

Les trois Entretiens conduits en 2008 ont pour thématiques les aides d'Etat, le contrôle des concentrations économiques et les contrats complexes.

Ces Entretiens s'adressent en particulier aux acteurs du droit public économique (administrations, cabinets d'avocats, fiscalistes, magistrats, directions juridiques d'entreprises, universitaires, etc.) et ont non seulement vocation à assurer la lisibilité de ce droit, mais également à permettre à ces acteurs de faire valoir les améliorations ou les clarifications qu'il serait souhaitable de lui apporter.

Le dernier Entretien, qui s'est tenu à l'ENA le 20 juin 2008, a porté sur « le contrôle des concentrations économiques ».

2- Présentation générale de l'Entretien « Contrat de partenariat, marché public et délégation de service public : que choisir et comment choisir ? »

L'Entretien portant sur le contrat de partenariat, le marché public et la délégation de service public sera l'occasion de faire le point sur les différents types de contrats complexes que peuvent utiliser les personnes publiques : leur typologie, leurs atouts respectifs et leurs difficultés d'exécution seront abordés à la lumière d'études théoriques et de cas pratiques, en s'appuyant sur le retour d'expérience de chaque acteur.

Le contexte dans lequel s'inscrit ce colloque est celui d'une prise en considération croissante par le droit national et le droit communautaire de la nécessité et de la place de ces outils contractuels dans le champ de la commande publique. La loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat est ainsi venue modifier l'ordonnance du 17 juin 2004 afin de donner un nouvel élan au contrat de partenariat. La Commission européenne, suite aux lignes directrices d'avril 2003 et au Livre vert d'avril 2004 sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, a publié une communication interprétative du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux PPP institutionnalisés ; en revanche, la Commission a renoncé pour le moment à son projet de directive sur les concessions.

L'entretien abordera tous les aspects principaux de la thématique du choix entre les différents contrats globaux. Sont exclus du champ les partenariats institutionnels (SEM ; GIE...) : l'Entretien se limitera aux partenariats contractuels.

Le colloque entend s'ouvrir notamment à quatre séries de questions : sur la place des contrats globaux dans la commande publique, leurs avantages comparatifs et leur bon usage ; sur les critères de choix du type de contrat à la lumière de cas pratiques et de retours d'expérience ; sur l'identification, l'analyse et le partage des risques économiques, financiers, techniques, juridiques, politiques et sociaux attachés aux différents types de contrat ; sur la prévention et les modes de règlement des difficultés d'exécution des contrats.

II. Le cadre juridique : évolutions, mise en œuvre et indicateurs

1- Repères historiques

• A l'étranger

1980's	Développement du modèle de concession « à la française » dans les pays en développement via la Banque Mondiale et sophistication croissante des schémas : BOT (concession simple), puis BOOT, BOOST, DBFO...
1992	Adoption par le gouvernement Thatcher de la loi sur le PFI, reprise par Tony Blair sous le terme de PPP
1996	Publication du guide du BOT par l'ONUDI
2000	Guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé par la Commission des NU pour le Droit Commercial International
2003	Publication du Livre vert de la Commission Européenne sur les PPP
2004	Introduction de la procédure de dialogue compétitif dans le droit communautaire des marchés publics

• En France

XVIe	Pratique de la concession (canaux de navigation)
XIXe	Développement de la concession de service public dans le financement des infrastructures
1960's	Apparition du METP dans la jurisprudence
1985	Loi MOP (séparation des tâches de maître d'œuvre et d'entrepreneur)
1993	Loi N°93-122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi « Sapin »
1999	Interdiction des METP par le Conseil d'Etat
2002	Premiers « PPP sectoriels » par dérogations aux règles du CMP et de la loi MOP : LOPSI (sécurité) et LOPJ (justice)
2003	Suite des « PPP sectoriels » avec la loi relative à la programmation militaire et le Plan Hopital 2007
2004	Adoption de l'ordonnance relative aux contrats de partenariat le 17 juin
2008	Adoption de la loi relative aux contrats de partenariat le 28 juillet

2- La législation française

La fiche synthétique

• La délégation de service public

29 janvier 1993	Loi N°93-122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi « Sapin », codifiée aux articles L.1411-1 à L.1411-18 du CGCT (et R.1411-1 à R.1411-8 du CGCT)
2 février 1995	Loi n°95-101, relative au renforcement de la protection de l'environnement
8 février 1995	Loi n°95-127, relative aux marchés publics et aux délégations de service public
11 décembre 2001	Loi n°2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite MURCEF

• Le marché public

7 mars 2001	Décret n°2001-210 portant code des marchés public
7 janvier 2004	Décret n°2004-15 portant code des marchés public
1^{er} août 2006	Décret n°2006-975 portant code des marchés public

• Le contrat de partenariat

17 juin 2004	Ordonnance 2004-559 relative aux contrats de partenariat
19 octobre 2004	Décret 2004-1119 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)
28 juillet 2008	Loi 2008-735 relative aux contrats de partenariat

• Les partenariats sectoriels

29 août 2002	Loi 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI)
9 septembre 2002	Loi n°2002-1138 d'orientation et de programmation pour la Justice (LOPJ)
27 janvier 2003	Loi n°2003-73 de programmation pour la défense
4 septembre 2003	Ordonnance n°2003-850 relative aux établissements hospitaliers, modifiée par la loi n°2004-806 du 9 août 2004

3- La législation communautaire

• Le marché public

31 mars 2004	Directive 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services Directive 2004/17/EC du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
---------------------	---

• La concession

12 avril 2000	Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire
----------------------	---

• Les partenariats public-privé

30 avril 2004	Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions", COM(2004) 327 final
15 novembre 2005	Communication de la Commission "concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions", COM(2005) 569 final
05 février 2008	Communication interprétative de la Commission "concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)", COM(2007) 6661

Philippe DELELIS, « Contrats de partenariat et droit communautaire des contrats publics », Jurisclasseur administratif, fasc.670, 29 novembre 2004, (extrait)

46. Contrats de partenariat et droit communautaire des contrats publics – Au regard du droit communautaire, les contrats de partenariat seront nécessairement soit des marchés publics (le plus souvent), soit des concessions (rarement). Le Conseil d'État a considéré que les contrats de partenariat seraient systématiquement des marchés publics en droit communautaire (*CE, avis n°370095, 3 juin 2004*). Néanmoins, la différence de définition de la DSP en droit interne (centrée sur le critère de la rémunération, V.) et en droit communautaire (centrée sur le transfert de risques, *Comm., Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire : Journal Officiel des communautés européennes 29 Avril 2000*) ouvre un espace, au moins théorique, pour une qualification de certains contrats de partenariat en concessions au sens du droit communautaire.

47. Les directives "Marchés publics", qu'il s'agisse des anciennes directives (en vigueur jusqu'au 31 janvier 2006 au plus tard) ou de la nouvelle directive unique n°2004/18, ne connaissent guère que ces deux catégories de contrat. On sait que seule la directive "Travaux" n°93/37 (*art. 1er, point d*) définissait la concession de travaux publics comme un contrat présentant les caractéristiques d'un marché communautaire de travaux publics à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consistait soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

48. La Commission, par une communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire (*Journal Officiel des communautés européennes 29 Avril 2000*) avait dégagé, sur le fondement des principes du Traité et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, un droit commun des concessions nonobstant l'absence de dispositions particulières régissant les concessions de services.

49. La Cour de justice des Communautés européennes avait, peu de temps après, confirmé cette orientation (*CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-342/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria : Contrats Marchés publ. 2001, comm. 50, note F. Llorens ; AJDA 2001, p. 106, note L. Richer ; BJDCEP 2001, p. 132, concl. Fenelly et note Ch. Maugué*). La nouvelle directive unique n°2004-18 du 31 mars 2004 (*JOUE n°L 134/114, 30 avr. 2004*) reprend la même définition des concessions de travaux (*art. 1er § 3*) et l'étend aux concessions de services (*art. 1er § 4*). Toutefois, comme par le passé, la directive n°2004/18 du 31 mars 2004 ne régit pas la passation des concessions de services (*Dir., art. 17*), contrairement aux concessions de travaux (*Dir., art. 56 à 61*).

50. Il n'est pas impossible que le droit communautaire voie un jour la création d'une troisième catégorie de contrats dans la mesure où la Commission a présenté un livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (*COM/2004/0327, 30 avr. 2004 : n°CELEX : 52004DC0327*). Il faut toutefois observer que, d'une part, la réflexion de la Commission couvre tous les aspects du PPP, y compris les aspects organiques (notion large de PPP), et que, d'autre part, la démarche est à ce stade purement interrogative : le droit communautaire existant est-il adapté à la problématique

des PPP ? Il reste que, comme le rappelle la Commission, "la qualification donnée par le droit national ou par les parties n'a aucune incidence sur la qualification juridique de ces contrats aux fins d'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions" (Livres vert, note 24).

51. Les contrats de partenariat ne constituent donc pas une "troisième catégorie de contrat" comme le gouvernement l'a soutenu à des fins médiatiques, et ce d'autant moins que le droit interne doit s'effacer devant le droit communautaire lorsqu'il lui est contraire (CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr.* ; Rec. CE 1992, p. 81. – CE, ass., 6 févr. 1998, *Tête* ; Rec. CE 1998, p. 30, concl. H. Savoie ; AJDA 1998, p. 403, chron. Raynaud et Fombeur ; RFD adm. 1998, p. 407, concl. ; CJEG 1998, p. 283, concl., note P. Subra de Bieusses ; JCP G 1998, II, 1223, note P. Cassia. – CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de ches du Piémont de* ; AJDA 1998, p. 553, chron. Raynaud et Fombeur ; RFD adm. 1998, p. 609, concl. H. Savoie). Dans sa décision du 29 octobre 2004, le Conseil d'État a indiqué que les contrats de partenariat qui ont vocation à être passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques et en vertu desquels la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marchés publics au sens des directives Marchés Publics (CE, 29 oct. 2004, *Sueur et a., préc.*).

Communication de la Commission « concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire de marchés publics et des concessions », COM(2005) 569 final, du 15.11.2005, (extraits)

2.3. Questions pour lesquelles aucune initiative CE distincte n'est proposée à ce stade

2.3.1. Pas de nouvelle législation couvrant l'ensemble des PPP contractuels

L'ensemble des PPP peuvent être considérés, dans la mesure où ils relèvent du champ d'application du traité CE, comme des marchés publics ou des concessions. Étant donné que des règles divergentes s'appliquent toutefois à l'attribution des marchés publics et des concessions, le droit communautaire ne prévoit pas de procédure d'attribution uniforme conçue spécialement pour les PPP.

Dans ce contexte, la Commission a demandé aux parties prenantes si elles seraient favorables à une nouvelle législation couvrant l'ensemble des PPP contractuels, qu'il s'agisse de marchés publics ou de concessions, ce qui les soumettrait à des dispositions d'attribution identiques (question 7 du livre vert).

La consultation a fait apparaître que les parties prenantes étaient assez opposées à un régime réglementaire couvrant l'ensemble des PPP contractuels, sans distinction selon leur qualification de marchés publics ou de concessions. Par conséquent, la Commission n'envisage pas de les soumettre à des procédures d'attribution identiques.

2.3.2. Pas d'action communautaire sur d'autres aspects spécifiques des PPP

En ce qui concerne la question des PPP dont l'initiative émane du secteur privé (question 9 du livre vert), les réponses n'ont pas fait apparaître de nécessité immédiate de prendre des mesures au niveau communautaire en vue de favoriser de tels projets.

L'écho n'a pas été favorable non plus aux initiatives communautaires clarifiant le cadre contractuel des PPP au niveau communautaire (question 14 du livre vert) ou encore clarifiant ou aménageant les règles de sous-traitance (question 17 du livre vert).

2.4. Poursuite du débat sur les PPP au niveau communautaire

La présente communication ne vise pas à conclure le débat sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. L'expérience des PPP est en constante évolution. L'ensemble des parties prenantes, y compris les autorités nationales et la Commission, tirent en permanence des enseignements de l'expérience pratique acquise à la suite de l'application du droit communautaire à ces partenariats. Si le processus ne doit pas empêcher la Commission de prendre des initiatives destinées à palier les lacunes actuellement perçues dans le cadre législatif existant, les discussions entre les services de la Commission et les parties prenantes à l'élaboration des PPP doivent se poursuivre à tous les niveaux et l'évaluation d'impact prévue devra prendre en compte, dans la mesure du possible, ce dialogue continu¹.

Les discussions se poursuivront dans les comités existant au niveau de la Commission, auxquels participent des spécialistes des marchés publics² et des représentants³ des États membres⁴, à travers la participation à des conférences sur les PPP et les marchés publics et au moyen de contacts directs entre les représentants de la Commission et des experts dans le domaine des PPP. En outre, un consensus général semble se dégager des groupes de travail « *tasks forces* » nationaux « PPP » selon lequel le développement d'infrastructures pourrait être amélioré si le secteur public disposait de moyens plus efficaces pour faire partager les expériences existantes en matière de politiques, de développement de programmes et de mise en œuvre de projets concernant les PPP. Aussi les *tasks forces* envisagent-elles, en liaison avec la Banque européenne d'investissement, de créer un centre d'expertise en PPP. La Commission serait favorable en principe à une telle initiative.

¹Dans ce contexte, une attention particulière devrait être accordée aux questions relatives aux PPP constitués pour construire et exploiter des infrastructures trans-frontalières.

²Comité consultatif « Ouverture des marchés publics » mis en place en vertu de la décision 87/305/CEE de la Commission.

³Comité consultatif « Contrat de travaux publics » mis en place en vertu de la décision 71/306/CEE de la Commission.

⁴Conformément aux dispositions relatives à la période intermédiaire, les comités comprennent non seulement des représentants des États membres, mais aussi des observateurs des pays en phase d'adhésion (Bulgarie et Roumanie).

Communication interprétative de la Commission « concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPI) », COM(2007) 6661, du 05.02.2008, (extraits)

La présente communication met en lumière ce que doivent être, selon la Commission, les modalités d'application des dispositions communautaires relatives aux marchés publics et aux concessions en cas de création et d'exploitation de PPP⁵. L'objectif de la communication est de renforcer la sécurité juridique et en particulier de répondre aux préoccupations régulièrement exprimées concernant l'application du droit communautaire à la participation de partenaires privés aux PPPI, certains craignant que cela ne rende la formule peu attrayante, voire impossible. L'adoption de la présente communication fait partie des engagements que la Commission a pris de fournir des éléments d'orientation dans le domaine des services d'intérêt général, tels que ces engagements figurent dans la communication sur les services d'intérêt général⁶, y compris les services sociaux d'intérêt général du 20 novembre 2007.

La présente communication ne crée aucune réglementation nouvelle. Elle reflète la compréhension que la Commission a du traité CE, des directives relatives aux marchés publics et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Il convient de noter qu'en tout état de cause il appartient en dernier ressort à la CJCE d'interpréter le droit communautaire.

⁵ La présente communication ne couvre pas les marchés publics et concessions de service auxquels l'article 5 paragraphes 2 à 7 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 119 1/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1) s'applique.

⁶ COM(2007) 725 du 20.11.2007; voir aussi le document de travail des services de la Commission "Questions-Réponses sur l'application des règles 'marchés publics' aux services sociaux d'intérêt général" SEC(2007) 1514 qui accompagne la communication du 20.11.2007.

4- Éléments de droit comparé

Eric BESSON, « Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé », Prospective Evaluation, 27 mai 2008, rapport préparé par Bertrand DU MARAIS, (extrait)

Une diffusion croissante des partenariats public privé chez nos principaux partenaires européens

Le recours aux contrats de type concessif n'est pas une nouveauté en Europe. La présence historique des concessions de service public est avérée dans toute l'Europe⁴. Dès le XIV^e siècle, les cité-États italiens octroient des concessions coloniales aux Banques. Au XIX^e siècle et dans toute l'Europe, les chemins de fer, les tramways, l'éclairage public sont presque intégralement concédés en Espagne et en Italie.

Ce ne sont que les lois de municipalisation des services publics (1903 en Italie, 1924 en Espagne) du premier quart du XX^e siècle et les conséquences financières de la Première guerre mondiale qui ont entraîné la disparition presque complète des concessions, à laquelle seule la France a résisté. La période actuelle marque donc plutôt, à travers le développement des PPP, le retour à des pratiques largement répandues. Une récente étude au niveau européen montre que la France ne se place qu'en troisième position, derrière le Royaume-Uni et l'Espagne, en volume de contrats de PPP et de concession signés en 2006.⁵

Trois pays européens attirent plus particulièrement l'attention par l'ampleur du recours aux PPP – la Grande-Bretagne en premier lieu, mais également l'Italie et l'Espagne – tandis que l'Allemagne présente un modèle particulier, avec le développement croissant du PPPI et que la Grèce s'est dotée d'une législation *ad hoc*.

Quelques enseignements peuvent être tirés de l'étude de nos voisins.

Le premier est que le développement du PPP à paiement public s'accompagne d'un développement parfois aussi important des contrats de concession "classiques". La France reste très en avance dans ce dernier domaine. Aucune étude statistique ne peut malheureusement rendre compte exactement du stock de contrats en cours d'exécution.

Deuxièmement, le développement du PPP au sens strict est toujours le résultat d'une forte volonté politique et de l'adoption d'un cadre juridique précis.

Troisièmement, le développement des PPP à paiement public et des concessions s'opère dans un cadre contractuel très précisément défini. Si ces contrats se caractérisent par leur grande souplesse, celle-ci réside dans la définition des besoins, des modalités de financement et d'évolution des prestations ; en revanche les procédures d'évaluation, de préparation, de publicité, de mise en concurrence et de suivi sont très encadrées.

Enfin, chez nos partenaires la réforme des PPP et concessions accompagne de manière systématique des programmes de réforme administrative. PPP et concessions répondent au projet de contractualisation de l'action publique et d'introduction des capitaux et des compétences du secteur privé dans les secteurs auparavant réservés à l'administration directe. Les réformes ne sont jamais seulement contractuelles : elles sont administratives.

C'est sans doute la Grande-Bretagne qui a le plus marqué, par son ampleur, par sa systématisation mais

⁴ Pour la France, v. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ (coll. "Bibliothèque de droit public"), tome 206, 1999. Pour certains États de l'Union européenne (Espagne et Italie principalement) : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ (coll. "Bibliothèque de droit public"), tome 249, 2007.

⁵ Malgré un certain manque de rigueur dans la collecte des informations (le secteur de l'eau n'est par exemple pas pris en compte) et une confusion des concessions et des PPP au sens strict, cette étude montre à grands traits que le recours au secteur privé est en pleine expansion en Europe. DLA Piper, *European PPP Report 2007*, <http://www.dlapiper.com>.

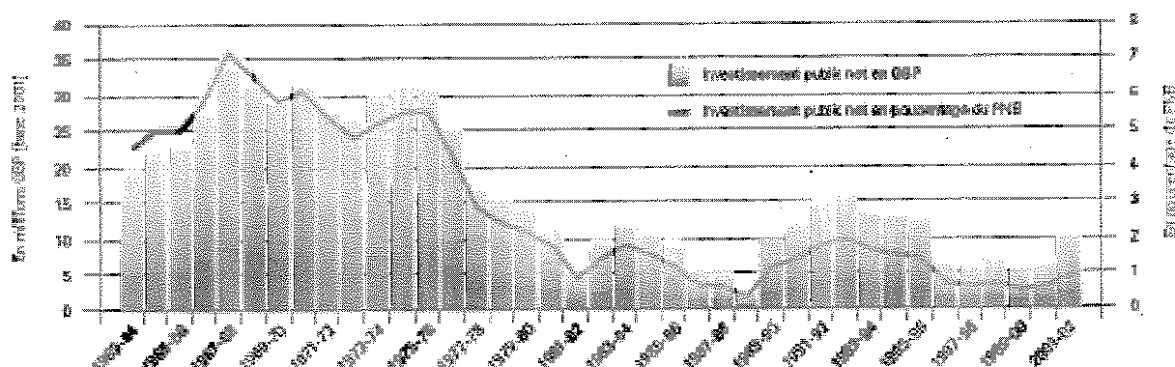
aussi sa médiatisation, ce renouveau (1). L'Italie est également un cas intéressant. D'une part, le régime juridique y est souvent considéré – parfois à tort – comme proche du régime français. D'autre part, la période récente a été marquée par de nombreuses innovations même si, comme en France, il existait déjà des contrats globaux de PPP sous la forme des concessions (2). L'Espagne attire également l'attention, en particulier depuis qu'une loi récente a opéré une transposition presque systématique du contrat de partenariat en droit espagnol (3). Le cas allemand est également intéressant en ce qu'il repose principalement sur des PPP institutionnels, à travers la tradition des Stadtwerke (4).

1 Le cas emblématique de la PFI britannique

1.1 Le PPP est une véritable politique publique en Grande-Bretagne

La PFI constitue d'abord une politique publique active de relance de l'investissement dans les services publics, avant d'être une réforme des instruments juridiques. Il s'agissait en effet de rattraper le retard très important en termes d'investissement public accumulé au cours de l'ère Thatcher.

Évolution de l'investissement public au Royaume Uni (en valeur et % PIB)



Source : F. Lirzin et J. Revole, "Le Partenariat Public-Privé au Royaume-Uni", *Études des missions économiques*, Mission économique de Londres, juin 2006.

Ce programme a été lancé en 1992, à l'occasion du discours du budget du Chancelier de l'Échiquier de John Major, Premier ministre. Il a pour objectifs d'augmenter la capacité de financement du secteur public, d'améliorer la qualité des services publics et de diminuer la dépense publique. Il s'agit non seulement de bénéficier d'investissements privés mais aussi du savoir-faire des entreprises qui fait défaut à l'administration.

Bipartisane, cette politique a été menée par tous les gouvernements britanniques successifs à partir de 1992 et a même été amplifiée à l'arrivée de Tony Blair en 1997 comme Premier ministre. Elle vise à encourager la réalisation de travaux, et la gestion des services dont ils sont le support, grâce à un financement ou un préfinancement privé. Elle s'appuie sur

plusieurs instruments : la subvention et la tutelle technique, le contrat mais aussi la loi ; une évaluation constante des résultats.

1.1.1 Une politique en réalité plutôt dirigiste

Le programme PFI est le résultat d'une intervention dirigiste de la part des autorités gouvernementales. Ainsi, celles-ci recourent à une méthode de subventions à la PFI, selon un modèle qui se rapprocherait de la tutelle technique pratiquée en France dans les années 1970 : le montant des subventions d'investissement données par l'État dépend du respect, par les autorités locales, de modèles techniques et procéduraux.

L'efficacité de l'incitation financière est accrue par la grande centralisation du pouvoir qui reste plus importante dans le Royaume-Uni de Tony Blair que dans la France d'après les lois de 1982. Les autorités locales sont globalement appréhendées comme des administrations personnalisées chargées de missions précises et non comme représentant les intérêts généraux d'une population territorialement déterminée. Ainsi, aucun principe d'autonomie – ou de liberté des autorités locales comparable à celui inscrit à l'article 72 de la Constitution – ne vient limiter les formes de tutelle administrative.

1.1.2 Une grande liberté contractuelle dans un cadre juridique sécurisé

La *Common Law* permet de faire l'économie de difficiles typologies contractuelles, puisque le régime des contrats est unique. L'imagination contractuelle peut donc se développer sans entrave, en s'appuyant sur les techniques de *project finance*, utilisant elles-mêmes la souplesse du contrat privé. C'est la faisabilité financière qui est le moteur de ce type de montage.

Chaque opération s'organise autour d'un montage contractuel comprenant au moins trois contrats, qui forment une "matrice contractuelle" :

- » Le contrat principal lie l'administration à un consortium d'entreprises auquel est confiée la construction d'un équipement et son exploitation, à travers une société de projet ad hoc (*Special Purpose Vehicle*, ou *SPV*). Les financiers de l'opération, établissements bancaires ou fonds d'investissements, peuvent participer au *SPV*. Cette société de projet ne réalise pas directement l'objet du contrat ; elle lui sert seulement de support et en confie l'exécution même aux entreprises membres ou à des sous-traitants ;
- » Un ou plusieurs contrats lient la société de projet avec les entreprises chargées de la construction et de l'exploitation ;
- » Le contrat de financement est tripartite : il lie la société de projet aux financiers qui fournissent les fonds nécessaires au préfinancement de l'équipement, mais aussi, directement, ces deux cocontractants avec la collectivité publique, notamment pour

prévoir les éventuelles garanties apportées par celle-ci et en sens inverse, les conditions de transfert du contrat en cas de défaillance, à travers des clauses dites de "*step in*".

Il faut en outre replacer cette politique dans son cadre juridique d'origine. En particulier, celui-ci ne connaît pas de domanialité publique stricto sensu. Les terrains et immeubles utilisés par le service public y sont de simples actifs dont les cocontractants peuvent disposer au mieux des contraintes financières et techniques de l'opération, selon une infinité de combinaisons⁶.

Au sein du vaste éventail de montages *PFI*, deux principaux types de contrats peuvent être identifiés :

- » les contrats *financially free standing*, fondés sur le principe d'un paiement par l'utilisateur, correspondent globalement au contrat de délégation de service public (et plus généralement au "modèle concessif") ;
- » les *services sold to the public sector*, dans lesquels la rémunération de l'opérateur est assurée par l'administration et qui se rapprochent de nos contrats de partenariat.

Cependant, cette politique n'a pu se développer sans des textes normatifs, contrairement à l'image que l'on a en France du droit britannique. Les craintes des établissements financiers ont été ainsi levées par l'adoption de lois assurant la légalité du recours aux contrats de *PFI* (*Deregulation and Contracting Out Act* de 1994). Le gouvernement britannique a par ailleurs utilisé ses "*Royal Prerogatives*" (sorte de pouvoir réglementaire autonome) afin d'encadrer très précisément le recours à la *PFI*. Enfin, l'éligibilité aux subventions implique le respect de nombreux "guidelines" et contrats-types au statut quasi réglementaire⁷.

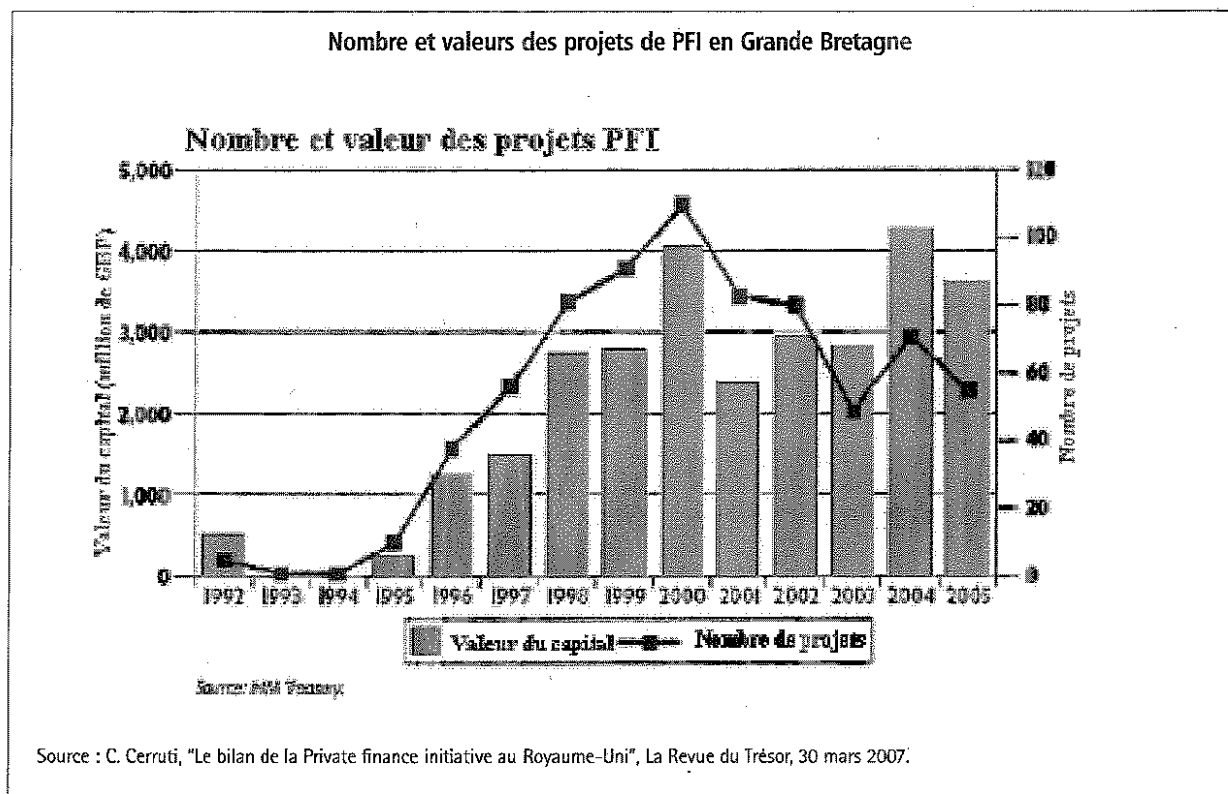
1.1.3 La *PFI* est entrée dans une phase de consolidation

Le recours au PPP est donc une politique active et majeure de tous les gouvernements britanniques successifs depuis 1992. Fin 2007, on comptait plus de 600 opérations dont 500 en exploitation, pour un montant total d'investissement de 57 Mds £ (environ 71 Mds €), soit 10 à 15% environ de l'investissement public. Une relative stabilisation de cette politique est

⁶ Voir notamment : J. Fox et N. Tott, *The PFI Handbook*, Londres, Jordans, 1999, 360 p.

⁷ Sur ces trois questions, v. notamment P. Cossalter et B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001.

1.1.3.1 Une stabilisation quantitative



cependant perceptible depuis deux à trois années.

Cette stabilisation s'explique par les raisons suivantes :

- Une montée des risques, due dans une certaine mesure à l'excès de transfert de risque vers le secteur privé et à une raréfaction des projets les plus simples : le PPP est entré dans une phase de rendements décroissants en Grande-Bretagne ;
- Quelques sinistres emblématiques : faillite de Metronet, l'un des deux contrats pour le métro de Londres ; échec de l'informatisation des tribunaux et de la fabrication des passeports.
- D'où, pour les plus grosses opérations, un recours croissant à la garantie de la puissance publique.

Cependant, le PPP reste une modalité majeure de réalisation de l'investissement public :

- Le flux annuel sur ces trois dernières années se stabilise entre 3,5 et 7 Mds£ (soit 4,3 à 8,7 Mds €) ;
- Le programme très ambitieux de rénovation ou de construction de 3500 collèges et lycées, pour 9,3 Mds£ (environ 11,5 Mds €) sera réalisé en PPP ;
- Car celui-ci est incontestablement plus efficace pour une livraison rapide des ouvrages (80 % de respect des délais et des budgets, contre 30% environ pour la maîtrise d'ouvrage classique).

En outre, les projets en PFI, c'est là l'intérêt majeur de ce type de montage, sont nettement plus performants

Source : HM Treasury, 2006	Respect des délais	Respect du Budget
Projets en PFI	80%	80%
Projets non-PFI	30%	27%

Source : Mission économique de Londres, novembre 2007

⁸ Voir F. Marty et A. Voisin, "L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : la montée des risques", *Rev. Française de finances publiques*, 94, mai 2006, p. 109-120.

que les projets d'investissements publics traditionnels.

Une telle performance doit se comprendre de deux manières, dont les effets respectifs sont difficiles à quantifier :

- en aval, le consortium privé peut être meilleur gestionnaire de ses sous-traitants qu'une autorité publique qui aurait passé directement les contrats, puisque le groupement privé est pénalisé financièrement en cas de dépassement du calendrier ou du budget (ce qui permet une prévisibilité des coûts pour le secteur public) ;
- en amont, lors de la préparation et de la négociation du contrat de PFI, les échanges public-privé peuvent conduire à réévaluer le planning et le montant d'un projet avant de signer le contrat, dans une approche plus réaliste qu'au moment de la préfiguration de l'opération.

Le premier point requiert principalement que le système de répartition des risques du projet fasse porter chaque risque par l'acteur qui peut le contrôler et l'éviter, et qui sera capable d'assumer les difficultés éventuelles. Cette perspective est parfaitement opposée à l'approche qui prévaut dans la définition (et donc le régime) de la délégation de service public, dans laquelle le délégataire doit toujours assumer une part de risque non-maîtrisable.

1.1.3.2 Des opérations davantage ciblées, standardisées, de taille intermédiaire et orientées vers les collectivités locales et la santé

L'arrivée du nouveau gouvernement de Gordon Brown a coïncidé avec une réévaluation de cette politique :

- Établissement d'un plancher minimum de 20 M £ pour absorber des coûts fixes de préparation très élevés : environ 3ME (4,5 M €) et trois ans par contrat. Les consultants y contribuent pour une large part en raison de la complexité des opérations et du système juridique mais aussi, selon beaucoup d'observateurs, de leur capacité à "capturer" les co-contractants ;
- Réticence implicite à l'égard des très grosses opérations, qui ne sont plus "bankables" par le seul secteur privé et interdiction des opérations à fort contenu en NTIC.

Cette dernière interdiction vient sans doute de la combinaison de deux éléments. D'une part, une décision politique a tiré les leçons de l'échec média-

tique de quelques PFI informatiques (alors que d'autres donnent parfaitement satisfaction). D'autre part, et contrairement au droit français, le droit britannique des contrats est mal adapté aux changements de circonstances et ne connaît pas le principe du droit administratif français d'adaptabilité ;

- Concentration sur des opérations standardisées, simples (construction et maintenance immobilière), plutôt dans les secteurs de l'éducation et de la santé et donc opérées au niveau déconcentré par les collectivités locales ou les trusts locaux du National Health Service ;
- Recours à des schémas du type sociétés mixtes et développement de l'allotissement des opérations.

1.2 Les raisons de l'efficacité de la PFI et les leçons à tirer

1.2.1 Une évaluation constante des résultats

Lors du lancement de la PFI, il a fallu vaincre les réticences des autorités locales. Pour cela, le recours à la PFI s'est intégré dans un processus plus large d'évaluation des politiques publiques. Le système d'encadrement des autorités locales est aujourd'hui très élaboré. Il est fondé sur le principe d'évaluation préalable des politiques publiques dans le but d'atteindre la *best value for money*. Même si ce concept n'est pas dénué d'ambiguïté et sert parfois de justification *a posteriori*⁹, les autorités locales doivent justifier leurs choix, non seulement quant au contenu des politiques mais également concernant les modalités de gestion des services.

En particulier, chaque opération de PFI doit donner lieu au calcul d'un *Public sector comparator*, sorte de budget et compte de résultat virtuels de l'opération selon les deux modalités : régie traditionnelle ou externalisation. Le projet ne sera accepté en PFI que si le résultat du *comparator* est en faveur de cette dernière.

Cette technique du *Public sector comparator* et cette discipline de l'évaluation préalable ont très clairement inspiré les rédacteurs de l'ordonnance de 2004 relative au contrat de partenariat.

1.2.2 Un besoin avéré de "régulation souple" par la collecte d'information et la standardisation des contrats

Cette évolution s'accompagne d'une centralisation de

⁹ Voir P. Cossalter, "Introduction à la Private Finance Initiative", in : P. Cossalter et B. du Marais, précité, p. 34.

la supervision avec une standardisation croissante des contrats, fût-ce aux dépens de la flexibilité et de l'innovation. De même, le gouvernement met en place des dispositifs de collecte d'information et de comparaison des coûts et des pratiques.

À cet égard, l'étude de cas, l'adaptation constante, la diffusion de l'information sont extrêmement développées. Il faut noter l'importance des dispositifs de supervision, au niveau de l'administration centrale (*Treasury*), des ministères (*PFI Units*), des collectivités locales (*PPP programme*), des secteurs concernés (*Partnership for school*, par exemple, ou *Partnership for health*). *Partnership UK* et l'*Office of Government and Commerce* sont extrêmement spécialisés et constituent des centres d'expertise indispensables pour les décideurs publics. Il faut souligner l'originalité de l'une des structures centrales : *Partnership UK* est une société mixte entre le ministère des Finances et des opérateurs de droit privé, afin de pouvoir rémunérer et conserver longtemps une expertise de haut niveau.

À cela s'ajoute un très fort soutien du gouvernement central aux autorités locales, par la voie du conseil et de l'expertise. Outre le rôle des consultants pour garantir la transparence des opérations auprès de chaque co-contractant, ce sont donc au seul échelon central, plusieurs centaines d'agents qui supervisent la mise en œuvre de cette politique.

1.2.3 La "fonction achat" est envisagée comme un véritable métier au sein des administrations britanniques

Ainsi, en 1999 a été créé un "*Government Procurement Service*", "*service des marchés publics*", en fait un corps de fonctionnaires dans lequel ont été versés 1500 fonctionnaires occupant des postes importants en matière de marchés publics dans l'ensemble de l'administration de l'État.

En 2003, un "*Program and Project Management Specialism*" fut lancé conjointement par l'Office du commerce du gouvernement et le "*Cabinet Office corporate development Group*" (l'équivalent serait sans doute en France "Groupe permanent de développement de la gestion du Secrétariat général du gouvernement") afin d'assurer une carrière aux fonctionnaires chargés en particulier d'achats publics.

Puis tous les fonctionnaires des services d'achats publics furent invités à suivre la formation dispensée par le "*Chartered Institute of Purchasing and Supply*"

("Institut de la fonction achat et fourniture") pour en obtenir la qualification. Selon certains observateurs, 23 % de tous les personnels en poste de responsabilité en matière d'achat public avaient cette qualification ou une équivalente, et 11 % étaient en cours d'obtention de cette qualification.

Le NAO (National Audit Office) a quant à lui appuyé fortement ces initiatives, estimant que la formation à l'achat public était "une compétence essentielle pour assurer les services publics en général" ("*a key competence needed to improve the delivery of public services*"), et suggérant, pour accélérer les formations à l'achat public, que les compétences dans ce domaine soient "plus largement prises en considération dans les nominations aux postes supérieurs" ("*more widely recognised to progress to senior posts*")¹⁰.

1.2.4 Un marché du refinancement du PPP mature avec un partage des gains de refinancement

Avec la baisse des taux au début des années 2000, un marché secondaire des PPP est apparu, sous forme de refinancement, titrisation ou même cession des contrats. Après quelques scandales, des clauses de partage des économies de financement sont systématiquement incluses dans les contrats.

Les contrôles sur les contrats de PFI ont été renforcés, notamment par l'insertion de clauses de redistribution des profits. D'une manière générale, se mettent en place un cadre formalisé et une expertise qui permettent de mieux négocier puis de mieux suivre l'exécution des contrats.

Par ailleurs, pour adosser le financement des retraites à des opérations peu risquées et de long terme, les fonds de pension interviennent de plus en plus dans le refinancement des opérations en PPP.

1.2.5 Le souci d'une concurrence effective

Depuis 2006, le recours au dialogue compétitif est systématique. La pratique initiale était la négociation après mise en concurrence (dispositif du *preferred bidder*) quel que soit le type d'opérations, y compris pour les marchés publics. À cet égard, il faut souligner que la procédure prévoyait le maintien en compétition, aux frais de l'administration, du candidat arrivé second (*second preferred bidder*) qui a effectivement été appelé dans quelques cas d'échec de la négociation avec le premier candidat retenu.

¹⁰ Source : audition de Monsieur A. Delion, Conseiller maître honoraire à la Cour des comptes.

Ainsi la pression concurrentielle continuait-elle à s'exercer jusqu'à la finalisation du contrat.

Au contraire, depuis 2006, avec la transposition de la directive 2004/18, le dialogue compétitif est systématique, y compris pour les concessions qui sont hors du champ de la directive (contrats *financially free standing*).

Malgré les craintes initiales, la première année de mise en œuvre ne montrerait pas d'accroissement en valeur absolue des délais et des coûts de préparation, sauf pour les candidats éconduits. En sens inverse, cela supprime le risque que le *preferred bidder* "prenne en otage" la collectivité dans la phase finale de la négociation lorsqu'il est trop tard pour reprendre toute la procédure.

Par ailleurs, les contrats prévoient une remise en concurrence régulière – un "test de marché" – quelques années (5 à 7 ans, en général) après le début de la phase d'exploitation. Les acteurs du marché de la PFI considèrent que les premiers tests de marché actuellement mis en œuvre ne sont pas très concluants mais ils sont encore trop récents et trop peu nombreux pour être analysés.

2 L'expérience italienne

2.1 Les modalités d'organisation de l'achat public

S'il n'existe pas en Italie de droit des contrats administratifs (qu'il faut distinguer du droit des contrats publics), les modalités d'organisation de l'achat public sont éminemment comparables à celles du droit français.

La distinction marchés publics / concessions structure le droit italien de la commande publique. Mais les concessions sont d'une grande diversité, et leur objet est très large.

Le droit italien des contrats publics a été réorganisé et modernisé par le décret législatif 163/2006 du 12 avril 2006 portant code des contrats publics (*Codice dei contratti pubblici*). Comme l'Espagne, l'Italie s'est donc dotée d'un texte unique réunissant toutes les dispositions en la matière.

Il serait fastidieux de rappeler l'évolution des typologies et des régimes contractuels durant les vingt

dernières années, tant les réformes, parfois profondes, ont été nombreuses¹¹.

Ce qui caractérise l'ensemble de ces réformes, et le code des contrats publics en dernier lieu, est la recherche constante d'outils adaptés aux besoins de l'administration. Les catégories de contrats se multiplient, en fonction des besoins rencontrés.

Cette multiplication est parfois source de complexité ; elle permet cependant, par l'adoption de régimes précis, de mettre en œuvre les réformes très rapidement. Ainsi l'Italie qui, au début des années 1990, avait presque "oublié" le système concessif sauf sur le plan doctrinal, y recourt aujourd'hui massivement.

Parmi l'ensemble des contrats publics, la concession de construction et gestion (concession de travaux) occupe la place principale¹². Elle est d'autant plus importante que, contrairement à la France, la concession de service public ne l'a pas absorbée : la distinction des deux contrats se fait en fonction du montant respectif des travaux et des services.

La concession de travaux se décline en deux variantes : la concession "publique" et la concession "au promoteur".

Les deux types de concessions de travaux se distinguent par l'origine du projet. La concession publique est une concession "classique", mais dont le régime d'exécution est, depuis 1998, adapté au financement de projet : constitution d'une société de projet, émission d'obligations garanties par des hypothèques sur les ouvrages, garantie de remboursement du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* en cas de résiliation pour inexécution ou pour raison d'intérêt général de la part de l'administration (ce qui est une règle classique), clauses de substitution au bénéfice des organismes prêteurs et enfin un privilège sur les crédits au bénéfice de ces mêmes organismes.

La concession "au promoteur" permet de promouvoir les initiatives privées portant sur une liste de projets publiés régulièrement par l'administration. Le régime du promoteur se distingue du régime de la concession "publique" par le fait que le promoteur, dont le projet aura été qualifié, a droit à une indemnisation s'il n'est pas, à l'issue d'une procédure négociée, le concessionnaire retenu.

Ce système du promoteur, créé en 1998, a reçu des centaines d'applications, la plupart du temps pour des projets de faible ampleur. Son principal défaut, qui était de conférer au promoteur un avantage

¹¹ Pour un exposé en français v. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, pp. 70-80 et 205-212.

¹² Pour un exposé synthétique de la typologie des contrats de type PPP au sens large : *Unità tecnica finanza di progetto* (UTFP), Rapport annuel pour 2006, Rome, juillet 2007, pp. 58 s. (<http://www.utfp.it>).

¹³ Les contrats de travaux dans l'Union européenne – Développements récents, Paris, Le Moniteur, 6 décembre 2002, Cahier détaché n° 2.

concurrentiel incompatible avec les principes de transparence et d'égalité de traitement¹³, a été effacé dans le code des contrats publics.

La concession de travaux reçoit une définition très large, pour deux raisons. D'une part, la rémunération du concessionnaire est très libre, et peut être intégralement publique. Elle peut consister en des échanges d'immeubles, la mise à disposition de dépendances du domaine public pour une exploitation commerciale, etc. D'autre part, la notion d'exploitation est largement entendue : l'administration elle-même peut être l'usager du concessionnaire, ce qu'atteste d'ailleurs la création par le législateur de "concessions de travaux à destination de l'administration".

C'est ainsi par voie de concessions de travaux qu'ont été réalisés les PPP (au sens strict) les plus emblématiques : le siège unique de la mairie de Bologne ou l'hôpital milanais Niguarda Cà Granda.

L'objet des concessions de travaux est donc très large : il englobe partiellement celui des contrats de partenariat du droit français.

La technique du financement de projet, qui répond à la volonté affichée du gouvernement italien d'ouvrir tous les secteurs de l'activité publique aux investissements privés, fait depuis 1999 l'objet d'une promotion active par un organe construit sur le modèle des task forces britanniques : l'*Unità tecnica Finanza di Progetto (UTFP)*, créée au sein du CIPE¹⁴. Cette Unité a pour tâche de "promouvoir, à l'intérieur des administrations publiques, l'utilisation de techniques de financement des infrastructures par recours à des capitaux privés". L'Unité doit fournir un support aux administrations adjudicatrices qui en font la demande, dans leur activité de détermination des besoins susceptibles d'être satisfaits par la réalisation de travaux financés par des capitaux privés, puis dans les procédures d'évaluation des offres des promoteurs et enfin pour l'évaluation des offres présentées dans le cadre d'une mise en concurrence.

Remarquons que des unités de financement de projet se créent également au niveau régional.

2.2 Les points de blocage qui ont pu exister et les solutions trouvées

Un certain nombre de points de blocages ont pu apparaître. Ils ont été progressivement supprimés par la création de nouveaux contrats spécifiques.

L'utilisation très souple de la concession de travaux modernisée a permis de faire l'économie d'un régime spécifiquement consacré aux PPP : le régime général des concessions de travaux comprend toutes les dispositions, inspirées de la pratique anglaise, qui ont été introduites en France dans le régime du contrat de partenariat et de certains contrats complexes : sécurisation des droits réels accordés sur le domaine, possibilité d'hypothèque sur les ouvrages, encadrement des clauses de *step-in* qui permet une substitution facile des financiers en cas de défaillance de l'opérateur, etc.

Les contrats de location dans le secteur des prisons. Il existait certaines limites au recours à la concession de travaux, notamment dans le secteur des prisons. Le régime général des concessions de travaux, qui a été utilisé pour les sièges administratifs et les hôpitaux n'a pas été considéré comme applicable au secteur pénitentiaire. Des contrats de type autorisations domaniales, assorties d'une location avec option d'achat (AOT-LOA) ont donc été mis en place dans ce secteur, notamment par la loi de finances pour 2007 (Loi du 27 décembre 2006). Un tel système de *leasing immobiliare* existait déjà pour la "location financière" des implantations du ministère de l'Économie et des Finances et de certaines installations pénitentiaires (Loi n° 28 du 18 février 1999, et loi du 23 décembre 2000).

Le Global service. Ce rapide tableau doit être complété par l'évocation du Global service. Constitue un contrat de Global service le marché public de services permettant de confier, en un lot unique, une multiplicité de services hétérogènes¹⁵.

Mais le "Global Service" n'est pas limité aux marchés de services "hétérogènes" et donc au régime des marchés publics de services. L'administration y recourt également afin d'externaliser des fonctions particulières, comprenant des prestations de travaux et de services. A été reconnu comme constituant un "Global Service" le marché mixte de travaux et de services attribué par un hôpital public et portant sur les activités d'analyse biochimique et microbiologique¹⁶. Le cocontractant s'engage à restructurer les laboratoires d'analyses et à les mettre à la disposition de l'administration hospitalière durant une durée déterminée, en parfait état de

¹⁴ Comité interministériel pour la programmation économique.

¹⁵ Tribunal administratif régional Latium, 2^e section bis, 13 février 2001, Eurogroup Soc. Coop. a r.l. c/ c. Ente Poste Italiane S.p.A., n° 1086.

¹⁶ Conseil d'État italien, 5^e section, 23 mars 2004, ROCHE DIAGNOSTICS s.p.a. c/ Azienda Unità Sanitaria Locale di Piacenza, n° 1557.

fonctionnement. Les investissements immobiliers sont donc intégrés à la rémunération annuelle représentée par un loyer forfaitaire.

2.3 La place du PPP avec paiement public

La place exacte du PPP avec paiement public au sein du système italien est aujourd'hui difficile à évaluer. Les études consacrées à la question, principalement celles de l'UTFP, ne fournissent pas de statistiques exploitables. Cela est dû à l'absence de frontière étanche entre ce qui relèverait en France de deux catégories contractuelles distinctes : la délégation de service public et le contrat de partenariat.

L'intense activité des autorités italiennes est principalement consacrée aux contrats de type concessif, et accessoirement aux PPP avec paiement public.

3 En Espagne, une multiplication d'instruments contractuels

La législation espagnole en matière de contrats publics se caractérise par l'accumulation de strates successives de textes portant sur des objets identiques ou connexes. Le corollaire de cette stratification parfois complexe est une grande continuité. Certaines notions sont reprises depuis le milieu du XIX^e siècle.

À l'époque contemporaine, le droit espagnol a été marqué par deux grands textes. Le premier, adopté en 1965 est la loi sur les contrats de l'État (LCE)¹⁷, "codification" exhaustive des dispositions législatives applicables aux contrats de l'État central. Cette loi était complétée d'un règlement général de 1975. Mais cette loi ne concernait pas les collectivités autonomes, qui étaient régies par des textes particuliers, encore partiellement en vigueur aujourd'hui.

Le second texte est la Loi des contrats des administrations publiques (LCAP) de 1995, modifiée et refondue. Une loi de 2003 y a introduit un régime moderne de la concession de travaux. Enfin, une loi du 30 octobre 2007 refond et modernise cet ensemble, et transforme la LCAP en LCSP : Loi sur les contrats du secteur public

(loi n° 30/2007 du 30 octobre 2007, de *Contratos del Sector Público*). Cette loi entrera en vigueur le 1^{er} mai 2008.

3.1 La proximité du droit espagnol avec le droit français en matière de PPP

Le droit administratif espagnol a été, au début du siècle, très largement influencé par le droit administratif français. L'influence perdure aujourd'hui, malgré les différences que nous noterons.

Cette influence est remarquable en matière de PPP : le nouveau "contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé", créé par la loi du 30 octobre 2007, est un véritable décalque de l'ordonnance française du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat y compris dans son champ d'application.

3.2 L'avantage du droit espagnol sur le droit français

L'avantage du droit espagnol sur le droit français tient à son cadre législatif simple et unifié. Il existe bien entendu une grande diversité de textes supplétifs applicables aux contrats et aux services publics en raison de l'organisation "autonome" de l'État espagnol. Cette diversité ne provient pas cependant de l'existence de "lois locales", car la matière des services publics et des contrats relève de la compétence "primaire" de l'État espagnol ; simplement, des législations nationales cadres relatives aux collectivités autonomes existent depuis longtemps et se sont sédimentées.

Mais la loi sur les contrats du secteur public, qui remplace la loi sur les contrats des administrations publiques (LCAP) est exhaustive et particulièrement bien organisée. Elle est complétée par un texte réglementaire d'application unique.

La lecture des dispositions espagnoles relatives aux "concessions", par exemple, est d'une particulière simplicité.

3.3 Sur le fond : la typologie des contrats

¹⁷ Ley de contratos del Estado, dont le texte refondu a été approuvé par le décret n° 923/1965 du 8 avril.

La typologie des contrats du droit espagnol est claire, et surtout elle couvre désormais tout le champ de l'intervention publique : il existe un véritable *continuum* contractuel.

Dans le domaine des "PPP" au sens large, notons :

- le contrat de gestion des services publics (concession de service public à paiement éventuellement intégralement public) destiné à l'exploitation des services publics (rendus aux tiers à l'administration) ;
- la concession de travaux, lorsque l'infrastructure n'est pas le support d'un service public (notion moins large en Espagne qu'en France) ;
- le contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, dont la définition est notablement identique à celle du contrat de partenariat du droit français.

3.4 Les formes du PPP

Comme en Italie, le droit espagnol connaît encore la forme de la concession de travaux, qui a été "revitalisée" par la transposition de la directive 93/37¹⁸. La renaissance de la concession de travaux a été rendue possible par le champ d'application plus limité de la notion de service public.

Comme en Italie, la concession de travaux a pendant plusieurs années joué le rôle de contrat PPP. Il existe en effet traditionnellement des concessions à paiement intégralement public (la loi sur les autoroutes, par exemple, le prévoit).

Mais peu à peu la doctrine espagnole a considéré, s'appuyant sur la notion communautaire de concession, que les concessions de travaux ne pouvaient pas être utilisées lorsque le cocontractant de l'administration n'entretenait pas de relations directes de prestation avec l'usager. Ainsi, les premiers PPP espagnols, mis en œuvre par la Communauté autonome de Madrid sous forme de concessions de travaux (pour les plus grands hôpitaux de la ville de Madrid, notamment celui de la *Puerta de Hierro*) vont-ils être renégociés et "transformés" (selon des modalités à déterminer) en contrats de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, prévoyant une part plus importante de paiement par l'administration.

Les concessions d'initiative privée. Il faut également

noter que l'Espagne connaît, comme l'Allemagne et l'Italie, le système des concessions d'initiative privée. Ce mécanisme, qui a inspiré l'article 10 de l'Ordonnance française du 17 juin 2004, permet à un opérateur purement privé de proposer à l'administration la création d'un nouveau service public ou la réalisation d'un ouvrage public, sans toutefois être assuré d'obtenir le contrat.

Ce mécanisme est, pour les concessions, précisément encadré en Espagne. Le mécanisme a été utilisé une fois en France (sous la forme d'un contrat de partenariat), pour le contrat informatique des collèges de l'Oise.

3.5 Le contrôle sur les PPP

La centralisation du contrôle "général" au sein du ministère de l'Économie et des Finances. Le contrôle sur les PPP, et sur tous les autres contrats de l'administration, se fait notamment grâce à un registre national des contrats, entretenu par le ministère de l'Économie et des Finances.

Le Texte Refondu des Contrats des Administrations Publiques (TRLCAP) consolidant la loi générale sur les contrats des administrations (LCAP), adopté par le décret législatif 2/2000 du 16 juin 2000 a en effet créé un système de recueil systématique des informations relatives aux contrats publics. Toutes les collectivités publiques et leurs établissements doivent envoyer des informations relatives aux contrats qu'ils ont attribués, informations portées au Registre Public des Contrats de l'Assemblée Consultative des Contrats Administratifs (*Junta Consultiva de Contratación Administrativa*). Le nouveau système de suivi statistique a été mis en place dès 2000¹⁹.

Les moyens mis en œuvre sont par ailleurs très largement supérieurs à ceux qui ont été développés en France pour et par la MAPPP (Mission d'Appui aux PPP).

Par ailleurs existe un conseil consultatif (*Junta consultiva de contratación administrativa*), lui aussi relié au ministère de l'Économie, et qui est consulté de manière facultative par les collectivités et l'État sur certains projets ou certaines questions relatives à la qualification des contrats ou leur régime d'exécution. Tous les avis de la *Junta* sont publiés.

La mise en concurrence. La procédure de mise en concurrence des contrats de l'administration est, en

¹⁸ E. Malaret, "La contribution du droit communautaire à la rationalisation du droit espagnol des concessions administratives", Paris, Sciences Po, Chaire MADP, Séminaire Droit administratif comparé, européen et global, 25 janvier 2008, <http://chairemadvp.sciences-po.fr/>.

¹⁹ V. ces références sur : <http://www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm>

principe, l'appel d'offres. Il n'a jamais existé à cet égard en Espagne de distinction entre concessions et marchés. Certains auteurs espagnols considèrent même que la mise en concurrence est historiquement le premier élément constitutif du régime des contrats administratifs.

Les concessions ne sont donc pas librement négociées, mais soumises à appel d'offres. Quant au contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé, il est en principe soumis à la procédure du dialogue compétitif.

4 Allemagne : des "modèles" contractuels et surtout institutionnels

En Allemagne, l'expérience du PPP est relativement nouvelle ; le cadre juridique est encore en pleine évolution et ni la doctrine ni les pouvoirs publics ne sont encore parvenus à proposer une analyse précise et systématique des réformes nécessaires.

Depuis le début des années 1990 se développent en Allemagne de manière successive des "modèles" de gestion privée ou semi-privée des activités publiques. Toutes ces formes sont désormais regroupées dans la catégorie (doctrinale) générique des "Partenariats Public-Privé" (*Öffentlich-Private-Partnerschaften - ÖPP*)²⁰.

Il est extrêmement difficile de saisir la réalité de ces modèles car leur qualification provient essentiellement de la doctrine, professionnelle et universitaire, sans que des textes ou une jurisprudence particulière n'aient délimité les frontières exactes de chacune de

ces formes²¹, utilisées dans des cadres juridiques fort différents d'un Land à l'autre. La doctrine n'a elle-même pas achevé son travail de systématisation²².

Aucun outil juridique nouveau n'existe à l'heure actuelle permettant d'assurer la cohérence du régime des différents modèles contractuels de "partenariat", ce qui a inspiré au ministère fédéral de l'Intérieur un projet de réforme des articles de la loi sur les procédures administratives non contentieuses²³. Les deux rapports rendus à sa demande²⁴ préconisent une adaptation, non seulement du droit des procédures administratives, mais également du régime de droit civil applicable à ces opérations. Mais le Conseil consultatif sur le droit des procédures administratives (*Beirat Verwaltungsverfahrenrecht*) a préconisé d'attendre que se développe la pratique des partenariats, dont les mécanismes précis ne sont pas encore fixés, afin de ne pas obérer leur développement par l'adoption de mesures contraignantes inadéquates²⁵.

Il est cependant possible de présenter, très succinctement, les différents contrats qui, du plus intégré au moins intégré, permettent à l'administration allemande d'établir des "partenariats" avec le secteur privé. Il convient de noter que les notions utilisées sont essentiellement doctrinales.

Si l'Allemagne ne peut ainsi servir de modèle pour l'étude des partenariats contractuels, elle est en revanche un objet d'étude essentiel pour la compréhension des "partenariats institutionnels", c'est-à-dire l'économie mixte au sens large, identifiée par la Commission européenne²⁶.

4.1 Les formes de partenariat contractuel

Le Betriebsführungsmodell

²⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Public Private Partnership - Ein Leitfadens für öffentliche Verwaltung und Unternehmer*, 2003.

²¹ "Par contraste avec la diversité des entreprises publique communales, les formes de dévolution du service au secteur privé ne constituent pas un ensemble cohérent ; il s'agit d'institutions fragmentaires, d'origine anciennes, qui n'ont guère évolué, faute d'avoir été assez souvent pratiquées, et dont le régime juridique est incertain". G. Marcou, "Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence" RFDA 1995, pp. 462-496, p. 470. La remarque du professeur Marcou est toujours vraie, et à la confusion des formes anciennes s'ajoute désormais la pratique diversifiée des formes nouvelles.

²² Bonk (Heinz Joachim), "Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships", DVBl. 2004, n° 3, pp. 141 s.

²³ Loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG*), version consolidée du 25 septembre 1998, BGBl.I.3050, quatrième partie relative au contrat de droit public (*Öffentlich-rechtlicher Vertrag*).

²⁴ Schuppert (Gunnar Folke), *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungs-kooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership*, Bundesministerium des Innern, juin 2001 et Ziekow (Jan), *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bundesministerium des Innern, juin 2001.

²⁵ V. Neue zeitschrift für verwaltungsrecht 2002, 834, cité in : Bonk (Heinz Joachim), "Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships", précité.

²⁶ Voir la communication de la Commission du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public privé institutionnalisés.

Dans ce modèle, la collectivité demeure propriétaire des infrastructures et responsable de l'exploitation. Le tiers (*Dritte*) gère le service au nom, pour le compte et selon des instructions de la collectivité. Dans les relations avec l'extérieur nécessaires dans le cadre de l'exécution de la mission, le gestionnaire représente pleinement la collectivité. Il n'existe donc aucune relation juridique ni financière directe entre le gestionnaire et les utilisateurs des équipements. Ce modèle est plus souple que le *Betreibermodell*, dans la mesure où contrairement à ce dernier, fondé sur un monopole octroyé au *Betreiber*-propriétaire, la collectivité en tant que propriétaire et responsable de l'infrastructure peut changer de gestionnaire en procédant à intervalles plus réguliers à une mise en concurrence.

Le *Betriebsführungsmodell* est surtout utilisé pour l'exploitation d'activités prenant appui sur des équipements préexistants. Il pourrait être comparé à un marché public de services ou, pour reprendre une terminologie anglo-saxonne, à un *management contract*. Le *Betriebsführungsvertrag* est par exemple utilisé dans le domaine de l'éclairage public, confié à des sociétés de distribution d'électricité²⁷.

Le *Betreibermodell*

À l'origine, le *Betreibermodell* ou "modèle de l'exploitant" est une initiative du Land de Basse-Saxe en 1979 dans le secteur de l'assainissement²⁸.

La collectivité confie le service à un tiers de droit privé (*le Betreiber*), qui est en charge de l'organisation, du financement, de la construction et de la gestion d'une infrastructure pour une durée variant de 20 à 30 ans.

Le *Betreibermodell*, parfois appelé, de manière abusive nous semble-t-il, *Mautmodell* (modèle à péage)²⁹, est une forme de contrat de type concessif.

Au niveau des collectivités locales, le *Betreibermodell* est utilisé ponctuellement pour la gestion des services collectifs suivant une modalité proche de la régie intéressée. Pour sa part, le gouvernement fédéral a lancé un programme de constructions routières et

autoroutières sur la base de deux modèles de *Betreibermodell*, dont les caractéristiques sont plus aisées à saisir, en raison des textes de niveau fédéral qui encadrent leur utilisation.

Le *Kooperationsmodell*

Le terme *Kooperationsmodell* est celui qui souffre de la plus grande indétermination, en raison de l'idée très large de "coopération" dont il est le vecteur. Étant donné qu'aucun texte législatif de niveau fédéral ne consacre son existence, le "Modèle de coopération" est largement utilisé pour désigner les accords plus ou moins formels de coopération entre le secteur public et le secteur privé³⁰.

Dans son sens "strict" de modalité de gestion indirecte d'une activité de la compétence d'une collectivité publique, le *Kooperationsmodell* est une forme d'économie mixte. Comme son nom l'indique, le "Modèle de coopération" repose sur la création d'une société d'économie mixte *ad hoc* à laquelle participent une autorité publique et une entreprise privée, pour la gestion d'une infrastructure de services. Dans la grande majorité des cas, la collectivité publique crée une société publique de contrôle détenue à 100 % (une *Eigengesellschaft*) qui prend elle-même une participation, en principe majoritaire, dans la société mixte.

Le *Kooperationsmodell* est principalement utilisé pour la gestion des déchets³¹ et la distribution d'eau.

Le *Konzessionsmodell*

Le "modèle de concession" est la forme la plus aboutie de "partenariat". Comme son nom l'indique, ce modèle emprunte les caractéristiques du contrat de concession du droit latin. La société concessionnaire est chargée de la construction, du financement et de l'exploitation d'une infrastructure contre une rémunération en principe perçue directement sur les

²⁷ V. les modèles de *Betriebsführungsverträgen* d'éclairage de routes, établis par *Strassenlicht*.

²⁸ Ancien art. 149 al. 6 de la loi sur l'eau du Land de Basse-Saxe (*Niedersächsisches Wassergesetz NWG*), largement remaniée depuis.

²⁹ Grupp (Klaus), "Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten", *Deutsche Verwaltungsblätter* 1994, pp. 140-147.

³⁰ V., parmi beaucoup d'autres l'annonce faite le 17 août 2004 du *Kooperationsmodell* entre le ministère de la Justice de la Sarre et l'"Institut für Anwaltsrecht Saarbrücken" pour l'amélioration de la formation des jeunes juristes. Annonce recueillie sur "Pool Saar", <http://www.prps.de>.

³¹ V. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, conclusions Christine Stix-Hackl présentées le 23 septembre 2004, à propos du *Kooperationsmodell* par lequel la commune allemande de Halle a attribué à une société détenue indirectement à 75,1 %, la RPL Lochau, des contrats d'étude puis de réalisation et exploitation d'une usine de retraitement des déchets.

usagers. Elle entretient des relations juridiques directes avec ces derniers, ce qui impose souvent de constituer le concessionnaire (*Konzessionär*) en *Beleih* de l'administration, au moins pour la perception des redevances.

Le modèle de concession est surtout utilisé pour la réalisation de grandes infrastructures, comme les tunnels de Rostock et Lübeck ou le stade olympique de Berlin.

Où se situent les PPP dans cette typologie ?

Il est très difficile de répondre à cette question, de la même manière qu'il est difficile de savoir quel régime est applicable aux rares contrats qui sont passés par les collectivités et l'État allemand.

Cette indétermination du régime n'est pas un obstacle au recours ponctuel aux PPP. Mais elle fragilise toute politique de généralisation.

4.2 Les partenariats institutionnalisés

Il eût été possible d'aborder la question des "partenariats public-privé institutionnalisés"³² à travers les exemples italien ou espagnol. Mais l'Allemagne (de même que l'Autriche) est un objet d'étude particulier, en raison du poids économique de ses *Stadtwerke*.

La participation d'entreprises privées dans le capital de sociétés publiques n'est pas au cœur du présent rapport qui vise plutôt les montages contractuels. Il présente cependant un intérêt croissant dans les autres États membres de l'Union européenne, alors que la Commission européenne vient d'adopter une communication interprétative sur le sujet ³³.

Le terme "PPP" au sens large est appliqué en Allemagne à l'ensemble de l'économie mixte. Ce qui pourrait paraître comme un abus de langage est en réalité très pertinent : l'économie mixte peut représenter une forme comme une autre de

partenariat public privé.

De nombreux États membres, comme l'Italie, l'Espagne, l'Autriche et l'Allemagne, ne sont pas toujours disposés à confier l'ensemble d'une activité d'intérêt général à une entreprise privée, ne serait-ce que pour des raisons politiques (qui se doublent souvent de fortes contraintes juridiques qu'il n'est pas possible de détailler ici).

La cession d'une part de capital au secteur privé représente ainsi parfois un bon moyen de recourir au secteur privé, sans abandonner une forte maîtrise publique sur l'exécution de l'activité. Il ne s'agit pas de discuter ici de la pertinence du modèle, notamment sur le plan de la gouvernance. Notons simplement que l'étude de l'exemple allemand permet d'apporter des réponses concrètes aux questions de la Commission européenne sur les PPPI, et constitue une source de réflexion sur le cas français.

En premier lieu, la mise en concurrence *pour l'entrée dans le capital* des SEM permet d'éviter le paradoxe rencontré en France, d'une mise en concurrence voyant s'affronter l'opérateur public créé à cet effet et des concurrents, dans une compétition souvent inégale.

En second lieu, la mise en concurrence pour l'entrée dans le capital impose de distinguer les partenariats purement financiers, dans lesquels un apporteur de fonds, parfois institutionnel (banque parapublique ou sa filiale) se contente de prendre une participation. Cette situation ne devrait pas relever de la problématique de l'accès à la commande publique et donc du droit de la mise en concurrence.

Les partenaires industriels s'opposent aux partenaires purement financiers : ils sont mis en concurrence sur la base d'un programme précis, qui tient lieu de contrat. C'est ainsi qu'a été constitué le consortium gérant les eaux de Berlin.

L'exemple allemand pourrait être une source de réflexions sur le "cas français". Les formes en développement de sociétés à capital public exclusif

³² Pour reprendre l'expression de la Communication interprétative de la Commission, "Partenariats public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions", COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005.

³³ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), COM (2007) 6661 du 5 février 2008.

5- Statistiques

- Contrats de partenariat attribués depuis 2004

CONTRATS DE PARTENARIAT ATTRIBUES

COLLECTIVITES TERRITORIALES		Personne publique	Secteur	Type de projet
	1	Ville d'Auvers-sur-Oise	Eclairage public	Equipement urbain
	2	SIDOM d'Antibes	Déchets	Energie / Traitement des déchets
	3	Ville de Castelnau-le-Lez	Eclairage public	Equipement urbain
	4	CA Castelroussine	Voirie	Equipement urbain
	5	Ville de Thiers	Eclairage public	Equipement urbain
	6	CG du Loiret	Collèges	Bâtiment
	7	CG d'Eure-et-Loir	Informatisation des collèges	Système informatique
	8	Ville de Rouen	Eclairage public	Equipement urbain
	9	Ville d'Agde	Eclairage public	Equipement urbain
	10	Ville de Saumur	Eclairage public	Equipement urbain
	11	Ville de Saint Fons	Eclairage public	Equipement urbain
	12	Ville de Bussy-Saint Georges	Eclairage public	Equipement urbain
	13	Ville de Châtillon sur Chalaronne	Eclairage public	Equipement urbain
	14	Ville de Saint Raphaël	Pôle multimodal	Equipement urbain
	15	Ville d'Hérouville Saint Clair	Eclairage public	Equipement urbain
	16	Ville de Sénart	Eclairage public	Equipement urbain
	17	Ville d'Autun	Eclairage public	Equipement urbain
	18	Région Auvergne	Internet HD	Infrastructures de télécom
	19	SMIRITOM de la zone Nord	Déchets	Energie / Traitement des déchets
	20	Ville de Libourne	Eclairage public	Equipement urbain
	21	Ville de Tours	Energie	Energie / Traitement des déchets
	22	Ville de Biarritz	Musée de la mer	Bâtiment
	23	Ville de Boulogne-Billancourt	Eclairage public	Equipement urbain
	24	CG Meurthe et Moselle	Internet HD	Infrastructures de télécom
	25	Ville de Camiers	Eclairage public	Equipement urbain

Sources: CEFO - PPP et MAPPP

CONTRATS DE PARTENARIAT ATTRIBUES

ETAT		Personne publique	Secteur	Type de projet
	1	Ministère JSVA-INSEP	Equipement sportif	Bâtiment
	2	EP Musée de Versailles	Système informatique	Système informatique
	3	CCI de Toulouse	Traitement des eaux	Energie / Traitement des déchets
	4	Centre Hospitalier de Roanne	Fourniture d'énergie	Energie / Traitement des déchets
	5	Centre Hospitalier d'Alès	Fourniture d'énergie	Energie / Traitement des déchets
	6	MinJustice-AMOTMJ	3 ^{ème} lot de prisons	Bâtiment
	7	EA ALAT de Dax.	Ministère de la Défense	Formation

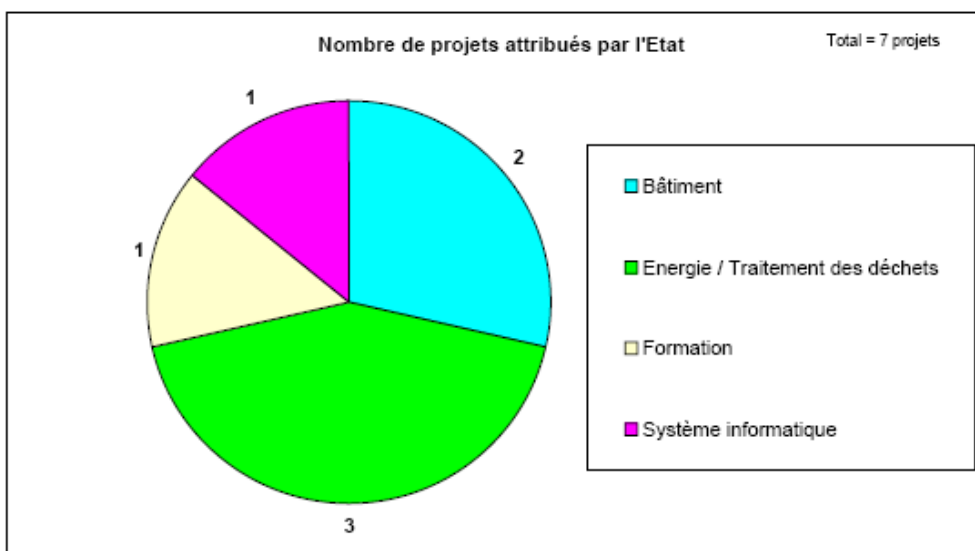
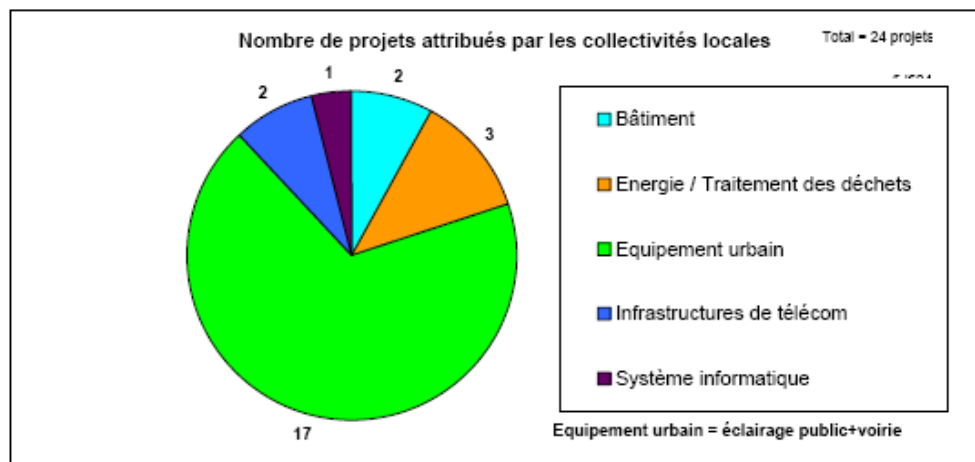
Sources: CEFO - PPP et MAPPP

Collectivités locales

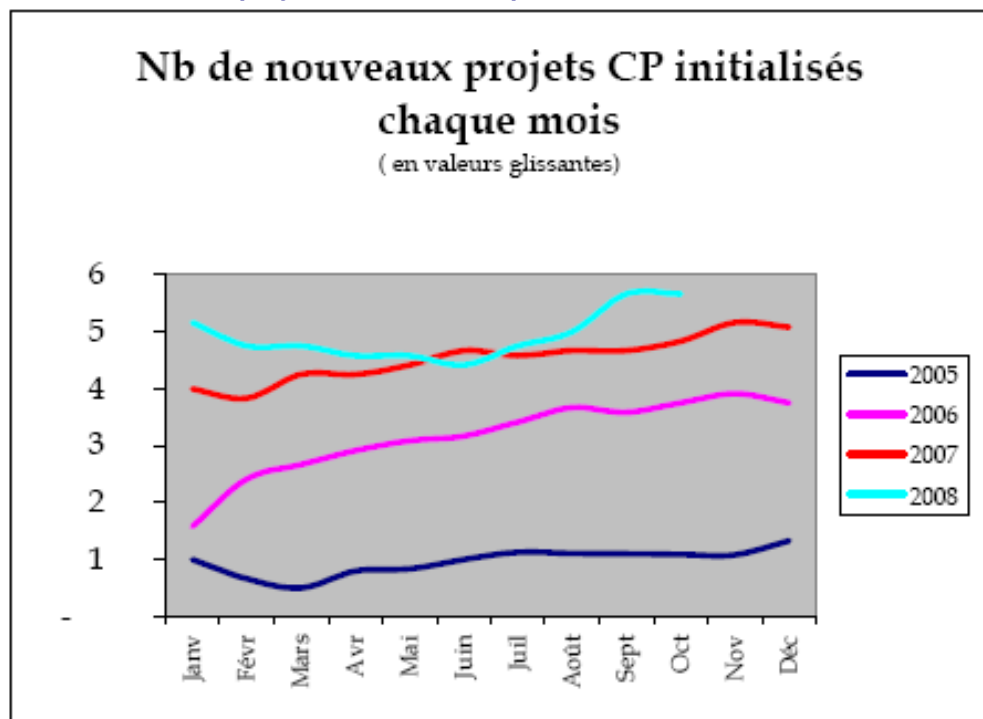
NB Type de projet	
Type de projet	Total
Bâtiment	2
Energie / Traitement des déchets	3
Equipement urbain	17
Infrastructures de télécom	2
Système informatique	1
Total	25

Etat

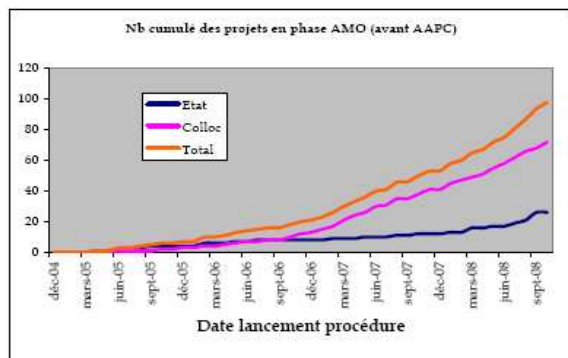
NB Type de projet	
Type de projet	Somme
Bâtiment	2
Energie / Traitement des déchets	3
Formation	1
Système informatique	1
Total	7



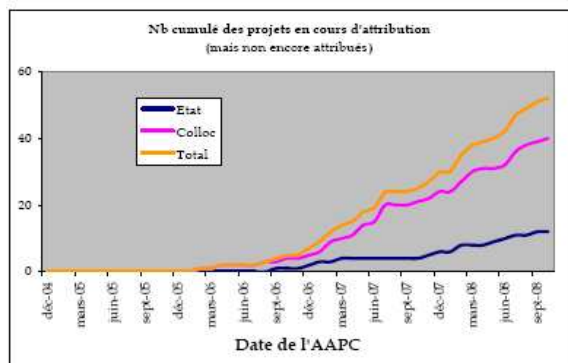
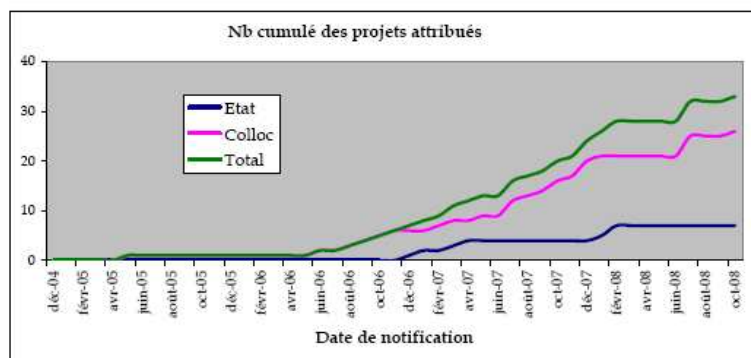
Sources : MAPPP

• **Etat des projets de contrat de partenariat**

Sources : MAPPP



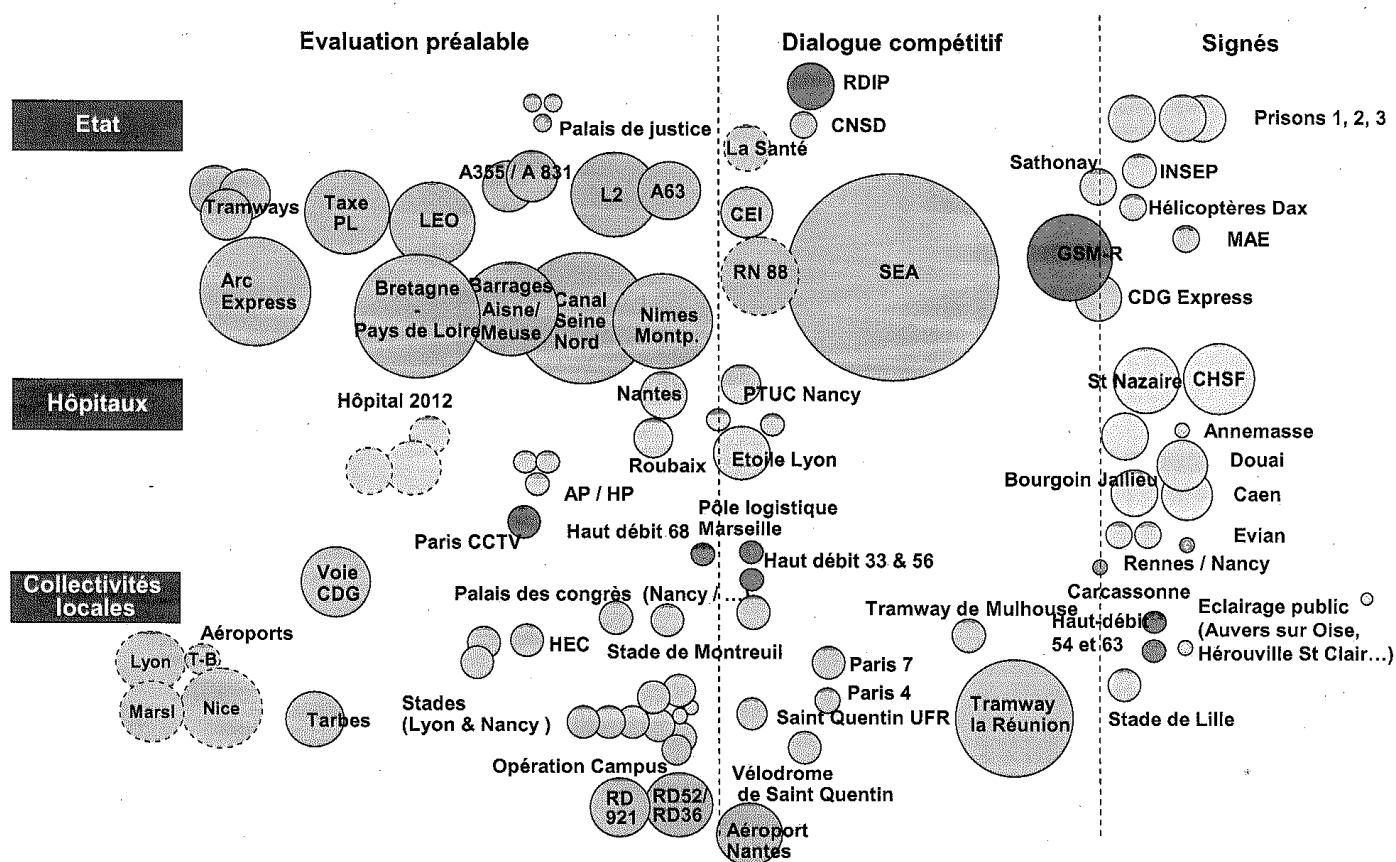
BILAN	Etat	Col loc	Total
Nb de projets en AMO	26	72	98
Nb de projets post AAPC	12	40	52
Nb de projets attribués	7	26	33
			183



Sources : MAPPP

- Etat des projets de PPP, BEH, AOT-LOA

ETAT DES PROJETS DE PPP,BEH, AOT-LOA (NOV)



6. Bibliographie générale

• Droit national

- ✓ X.BESANCON, L.DERUY, R.FISZELSON et M.FORNACCIARI, Les nouveaux contrats de partenariat public-privé, Le Moniteur, 2005
- ✓ F.BERGERE, X.BESANCON, L.DERUY, R.FISZELSON et M.FORNACCIARI, Le guide opérationnel des PPP (Conditions du recours au PPP, Passation du contrat, Risques et matrice des risques, Questions fiscales et comptables), Le Moniteur, juin 2007
- ✓ E.BESSON, Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé, Prospective Evaluation, 27 mai 2008
- ✓ F.BRENET, F.MELLERAY, Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Litec, 2005
- ✓ CONSEIL D'ETAT, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008, La documentation française
- ✓ IGD, DEXIA, Les PPP, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi, La Documentation Française, 2006
- ✓ IGD, DEXIA, PPP : mode d'emploi juridique et approche économique, La Documentation Française, novembre 2006
- ✓ IGD, DEXIA, PPP : recueil des textes et de la jurisprudence applicables aux PPP, La Documentation Française, 2006
- ✓ IGD, Le financement des PPP en France : IGD, sept. 2006
- ✓ M.LAFITTE, Les PPP, Une clé pour l'investissement public en France, Revue Banque, 2006
- ✓ F.LICHERE, B.MARTOR, G.PEDINI, S.THOUVENOT, Pratique des partenariats public-privé, Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP, Lexis Nexis, 2006
- ✓ P.LIGNIERES, Partenariats public-privé, 2^{ème} édition, Litec, 2005
- ✓ M.LYONNET DU MOUTIER, Financement sur projet et partenariats public-privé, EMS, 2006
- ✓ F.MARTY, S.TROSA, A.VOISIN, Les partenariats Public-Privé, La Découverte, 2006
- ✓ MISSION D'APPUI A LA REALISATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT, Les contrats de partenariat, Principes et méthodes, 2005
- ✓ L.RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2004
- ✓ N.SYMCHOWICZ, Droit public des montages contractuels complexes, Imprimerie nationale, 2003

• Droit comparé

→ *Ouvrages*

- ✓ G.ALLEN, The Private Finance Initiative, Research Paper, House of Commons Library, October 2003
- ✓ M.BUTTON, A practical guide to PPP in Europe, City & Financial Publishing, 2006
- ✓ P.COSSALTER et B.DU MARAIS, La Private finance initiative, Institut de la Gestion Déléguée, 2001

→ *Articles de doctrine*

- ✓ M.BIRKINSHAW, Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais, Revue Française de Droit Administratif, n°5, p.1015 –1038, 01/09/2006
- ✓ S.BRACONNIER et J-B.MOREL, Regards sur les partenariats public-privé internationaux, Contrats-Marchés publ. 2007, étude 3
- ✓ Caroline CERRUTI, Bilan de la Private Finance Initiative au Royaume-Uni, Revue du Trésor, 2007, pp. 222 à 226
- ✓ M.FORNACCIARI, New French PPP Legislation, PFI, octobre 2008
- ✓ L. RICHER, Contrats et "Best value for money", CP/ ACCP n°2/2001, p. 6
- ✓ S.THOUVENOT, La définition des partenariats public-privé à la lumière du droit communautaire et du droit anglais, Cah. dr. entr. 2006, n°4, p. 16

→ *site internet*

- ✓ **Site du Gouvernement britannique sur les montants et la liste des opérations de PFI :**
http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_pfi_stats.cfm

III. Les débats : acteurs, enjeux et perspectives

L'ouverture du colloque par Jean-Marc SAUVÉ et Gauthier PIERENS

Jean-Marc SAUVE



Vice-président du Conseil d'Etat

Diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) et ancien élève de l'ENA, Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'Etat en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne.

Nommé maître des requêtes au Conseil d'Etat en 1983, il devient conseiller d'Etat et secrétaire général du Gouvernement en 1995.

Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'Etat.

Gauthier PIERENS



Chef d'unité adjoint de l'unité "Conception et mise en œuvre de la législation des marchés publics" de la Direction générale "Marché intérieur et Services" de la Commission européenne

Diplômé de l'IEP de Paris en 1987, et titulaire d'une Maîtrise de droit public français et européen, Gauthier Pierens commence sa carrière dans le secteur privé où il met en place et développe, entre 1988 et 1991, le service de veille stratégique européenne de l'organisation interprofessionnelle "Entreprises et Cités" et participe directement à la mise en place de l' "Euro Info Centre Nord-Pas de Calais" issu d'un partenariat entre son organisation, la Région et les Chambres de Commerce et d'Industrie.

Il entre à la Commission européenne en 1992 en tant qu'administrateur, où il rejoint l'équipe de Michel Ayrat qui coordonne les travaux du "Livre Blanc sur l'Achèvement du Marché intérieur". Bientôt en charge de la coordination des questions générales juridiques et institutionnelles relatives au marché intérieur, il conduit ou intervient dans des dossiers aussi variés que "la reconnaissance mutuelle en 1992 et après", les contrôles de conformité des produits importés de pays tiers, les sanctions applicables en cas de violation des dispositions du marché intérieur, ou encore, certains aspects juridiques du passage à l'euro.

En 1999, il rejoint l'unité "Elimination des entraves aux échanges de marchandises", et y devient Chef d'unité adjoint en 2000. En 2002, il est nommé Chef d'unité adjoint de l'unité "Conception et mise en œuvre de la législation des marchés publics" au sein de laquelle il participe notamment à la préparation du "Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions".

III/ PRÉSENTATION DES TABLES RONDES

1/ TABLE RONDE N°1 :

La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages?

1/ Introduction du thème de la table ronde

L'objet de la première table ronde est de faire le point sur la place du contrat global ou complexe dans la commande publique à travers une étude comparative des différentes formules existantes sous un angle économique et théorique.

La table ronde aura pour objet de débattre notamment sur :

- ✓ l'identité des modèles économiques sous-jacents aux différents types de contrat
- ✓ les limites des marchés publics classiques
- ✓ l'utilité des délégations de service public
- ✓ l'apport des contrats complexes
- ✓ les critères de choix entre les différents contrats

2/ Présentation des intervenants

Présidence :

Alain MENEMENIS



Président de la 3ème sous-section du contentieux au Conseil d'Etat

Ancien élève de l'ENS, de Sciences po et de l'ENA, Alain Ménéménis est devenu auditeur au Conseil d'Etat en 1987 et maître des requêtes en 1990. Chargé de mission auprès du Commissaire général au Plan (1989-1995), il sera rapporteur général de la commission « Etat, administration et services publics de l'an 200 » (1992-1993). En 1995, il rejoint la Caisse des dépôts et consignations pour y être directeur adjoint des services aux collectivités locales jusqu'en 1998. Il devient conseiller d'Etat en 2002. Il exerce les fonctions de rapporteur à la section des finances et d'assesseur à la section du contentieux.

Il est actuellement président de la 3e sous section du contentieux au Conseil d'Etat, et professeur associé à l'université Paris 2.

Intervenants :

François LICHÈRE



Professeur à l'université Aix-Marseille III, consultant Eversheds Paris

Docteur en droit public en 1998, agrégé de droit public en 2000, professeur à l'Université de Metz puis de Montpellier, François Lichère enseigne à l'Université d'Aix-Marseille III depuis le 1er septembre 2008.

François Lichère est également consultant pour le cabinet d'avocat Eversheds depuis 2006 pour lequel il intervient en particulier dans le suivi de la passation des partenariats public-privé.

Le professeur Lichère a publié de nombreux articles et ouvrages sur le droit des marchés publics et sur les partenariats public privé. Concernant les PPP, il est co-auteur de *Pratique des partenariats publics privés*, Litec 2006, 216 pages, en voie de réédition, et a publié plusieurs articles sur le sujet dont *Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification des partenariats publics-privés ?*, AJDA 28 janvier 2008, p. 123 ; *La réforme des partenariats public-privé, Contrats et marchés publics*, octobre 2008, p. 9, et *Essor des partenariats public-privé en Afrique : réformes en cours et perspectives d'avenir*, RDAI-IBLJ, mai 2007, p. 295 à 311 (avec B. Martor).

Jean LHOMME**Avocat - Cabinet Proskauer Rose**

Avocat à la Cour, diplômé en droit des affaires de la faculté de droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris-II), Jean L'Homme a rejoint au mois d'avril 2008, comme associé, le bureau Parisien du cabinet Proskauer Rose LLP. Il était précédemment associé du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer.

Ses domaines de compétence couvrent le droit bancaire et financier (crédits syndiqués, financements d'actifs...), et en particulier le financement de projets et partenariats publics-privés (PPP). Il intervient à ce titre régulièrement comme conseil d'investisseurs, de promoteurs et de prêteurs dans le cadre du financement de projets d'infrastructures, notamment dans les secteurs du transport (autoroutes, tramways...), des ports, des télécommunications, de l'eau et de l'environnement.

Jean-Marc KIVIATKOWSKI**Directeur des Affaires Juridiques et du Contrôle Interne du Groupe Bouygues Construction**

Diplômé du DESS de droit international des affaires et du DJCE option droit des affaires de la faculté de droit d'Aix en Provence, Jean-Marc Kiviatkowski est dans le Groupe Bouygues depuis 1990. Il a successivement occupé les postes de directeur juridique puis de secrétaire général au sein de Bouygues Travaux Publics, avant de devenir directeur des affaires juridiques et du contrôle interne du Groupe Bouygues Construction.

Patrick VANDEVOORDE**Responsable du département infrastructures d'intérêt général - Caisse des dépôts et consignations**

Patrick Vandevoorde, responsable du département infrastructures d'intérêt général au sein de la Direction du développement territorial et du Réseau a été, jusqu'en 2003, Président Directeur Général de la SCET.

Il a eu auparavant la responsabilité de la réalisation du métro de Toulouse et de la gestion du réseau de transport collectif de l'agglomération dans le cadre d'une concession globale.

Patrick Vandevoorde, ancien élève de l'Ecole Polytechnique (promotion 1970), est Ingénieur des Ponts et Chaussées (ENPC - promotion 1975).

« trouble-fête » :**Jean-Pierre SUEUR****Sénateur du Loiret**

Né en 1947, Jean-Pierre Sueur a été député du Loiret de 1981 à 1991 puis secrétaire d'Etat aux collectivités locales de 1991 à 1993. Maire d'Orléans entre 1989 et 2001, il a également été président de l'association des maires de France.

Depuis 2001, Jean-Pierre Sueur est sénateur du Loiret.

Ancien élève de l'Ecole Normale Supérieure de Saint Cloud, il est également maître de Conférence en linguistique française à l'université d'Orléans.

Il est l'auteur de « Changer la ville. Pour une nouvelle urbanité » aux éditions Odile Jacob (1999) et « Aimez-vous Orléans ? », édition CPE (2005).

Marie-Hélène DES ESGAULX**Sénateur de la Gironde et présidente du groupe d'étude PPP à l'Assemblée nationale lors de son mandat de député**

Titulaire d'une maîtrise en sciences économiques (Université de Bordeaux), Marie-Hélène des Esgaulx est avocate de profession et Sénateur de la Gironde (Aquitaine) depuis le 21 septembre 2008.

Élu local depuis 1983, elle est successivement adjointe au maire de Gujan-Mestras (Gironde), Conseiller régional d'Aquitaine puis Maire de Gujan-Mestras depuis le 26 juin 2006. Elle est élue Député le 16 juin 2002, pour la XII^e législature (2002-2007) dans la huitième circonscription de la Gironde. Elle siège à la Commission des finances de l'Assemblée nationale. Président du Groupe d'étude PPP à l'Assemblée nationale, Marie-Hélène des Esgaulx est rapporteur pour avis sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat public-privé. Réélue Député en 2007, elle est candidate l'année suivante pour les élections sénatoriales. Elue au Palais du Luxembourg, elle démissionne donc de son siège au Palais-Bourbon. Au Sénat, Marie-Hélène des Esgaulx est membre de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale depuis octobre 2008.

1-3/ Documentation : textes, jurisprudence et doctrine

Législation française*

- **L'objet du contrat**

Marché public	« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. (...) » Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels. Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.» (article 1 du CMP)
Délégation de service public	« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.» (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L 1411-1 du CGCT).
Contrat de partenariat	« I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. » (article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifié par la loi du 28 juillet 2008 pour l'Etat et article L. 1414-1 du CGCT pour les CT)

- **Les personnes publiques concernées**

Marché public	L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. (article 2 du CMP)
Délégation de service public	L'ensemble des personnes publiques (article 38 de la « Loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L.1411-1 du CGCT)
Contrat de partenariat	L'Etat et les établissements publics de l'Etat, les CT et leurs établissements publics (« la personne publique », articles 1 et 14 de l'ordonnance de juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008 et article L.1414-1 du CGCT)

- **Mode de rémunération du cocontractant de la personne publique**

Marché public	Prix forfaitaire payé par la personne publique. (article 17 du CMP) « Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé. » (article 96 du CMP)
Délégation de service public	La rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L 1411-1 du CGCT).
Contrat de partenariat	« La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. » (article 1 al 4 de l'ordonnance de juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008 et article L.1414-1 du CGCT)

- **Evaluation préalable du contrat**

Marché public	Non obligatoire
Délégation de service public	Non obligatoire
Contrat de partenariat	Obligatoire : Complexité, urgence ou bilan favorable (article 2 de l'ordonnance de juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008 pour l'Etat et article L. 1414-2 du CGCT pour les CT)

Marché public	• Procédure - Procédure de droit commun : l'appel d'offres ouvert ou restreint ; - Procédures négociées avec ou sans publicité préalable ; - le dialogue compétitif lorsque le marché est particulièrement complexe - le concours ; - Système d'acquisition dynamique (article 26 du CMP)
Délégation de service public	- Procédure d'appel d'offres - Procédure simplifiée possible dans certains cas (article L. 1411-12 du CGCT) - Procédure de négociation directe prévue pour les CT dans le cas où aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité (article L. 1411-8 du CGCT).
Contrat de partenariat	- Procédure de dialogue compétitif notamment en cas de complexité débouchant sur une négociation puis offre économiquement la plus avantageuse. - Procédure d'appel d'offres simple - Procédure négociée en-dessous d'un seuil fixé par décret à venir (article 22 de la loi du 28 juillet 2008 et L.1414-5 CGCT)

* Cf. MAPPP/O7-13, « Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat »

Jurisprudence du Conseil constitutionnel ; jurisprudence du Conseil d'Etat

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

26 juin 2003, Déc. n°2003-473 DC relative à la loi 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à créer le contrat de partenariat par voie d'ordonnance (extrait)	Constitutionnalité de la technique du contrat de partenariat, caractère dérogatoire du contrat de partenariat au regard des autres outils de la commande publique et réserves d'interprétation attachées à son régime. « Considérant (...) qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commune en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics, que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. »
24 juillet 2008, Déc. n°2008-567 DC relative à la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat (extrait)	Réaffirmation du caractère dérogatoire des contrats de partenariat et encadrement de l'ouverture du recours au contrat de partenariat « Considérant, en premier lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à une personne publique de confier à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que la loi déferée a réservé de semblables dérogations aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant (...) »

- **Jurisprudence du Conseil d'Etat**

**CE, 11 décembre 1963,
Ville de Colombes**

Création des marchés d'entreprise de travaux public (METP)

Le Conseil d'Etat crée une nouvelle catégorie de contrat à côté de la DSP et du marché public : le METP. Il s'agit d'un contrat de longue durée par lequel une collectivité publique confie à un cocontractant unique la construction d'un ouvrage et son exploitation, moyennant une rémunération forfaitaire versée de manière fractionnée par la collectivité.

**CE, 8 février 1999,
Préfet des Bouches du Rhône c/
Commune de La Ciotat**

Les marchés d'entreprise de travaux public (METP) sont des marchés publics et sont donc soumis au Code des marchés publics.

Le Conseil d'Etat a considéré qu'un contrat confiant à une entreprise l'éclairage public et la signalisation tricolore ne constitue pas une délégation de service public parce qu'il ne confie pas au cocontractant l'exploitation ou la gestion d'un service public. Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'un marché public. Il précise par ailleurs que la qualification de ce marché en METP n'est pas de nature à faire échapper ce contrat aux règles du Code des marchés et qu'il ne peut donc pas prévoir un système de paiement différé.

**27 octobre 2004,
M. Sueur et autres
(extrait)**

Le contrat de partenariat constitue un marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004

« Considérant qu'aux termes du a) du deuxième paragraphe de l'article premier de la directive 2004/18/CE : *"Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive"* ; que, sous réserve que les personnes publiques procédant à leur passation puissent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs au sens du paragraphe 9 de l'article 1er de la même directive et qu'ils rentrent, par leur montant et par leur objet, dans les prévisions du chapitre II du titre II de celle-ci, les contrats de partenariat, qui ont vocation à être passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques et en vertu desquels la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marchés publics au sens de cette directive ; que, dans cette mesure, l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE . »

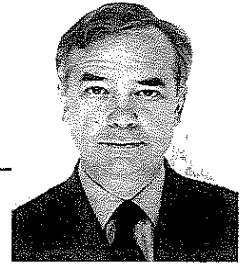
Articles de doctrine

Yves GAUDEMET, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP, n°36 , p.331-33

Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique

YVES GAUDEMET

Professeur à l'Université de Paris II



C'est au nom de la « simplification du droit » – et les pouvoirs publics se proposent de récidiver – que la loi du 2 juillet 2003 a, en son article 6, invité le gouvernement à instituer par ordonnance ce qu'il est désormais convenu d'appeler les « contrats de partenariat public-privé » ; les termes ne figurent pas dans la loi, mais dans l'ordonnance intervenue depuis, l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

On ne reviendra pas sur cette terminologie, désormais acquise, mais qui ne peut que heurter le juriste, d'abord parce que tout contrat est un partenariat, ensuite parce que l'expression est dépourvue de sens juridique et désigne au mieux une sorte d'idéologie contractualiste de l'action administrative qui, d'ailleurs, déborde largement le champ du contrat¹.

De quoi s'agit-il ? L'ordonnance du 17 juin 2004 s'essaie à une définition qu'elle répète même – lourdeurs de la codification exigent – pour les besoins du Code général des collectivités territoriales : les contrats de partenariat sont des « contrats globaux » par lesquels une personne publique (ou une personne privée chargée d'une mission de service public) confie à un tiers la conception et la réalisation d'équipements d'intérêt public et la gestion de ceux-ci ; c'est le cocontractant qui finance l'ouvrage et son exploitation et il est rémunéré par un prix versé par l'administration contractante.

Ainsi, le contrat de partenariat est défini par son objet, comme il en est généralement de tous les contrats spéciaux ; mais on peut s'étonner que cet objet ne soit en rien nouveau : concevoir un ouvrage, le réaliser, le financer, le gérer ainsi que certaines activités qu'il accueille, cela n'est pas une nouveauté. Les personnes publiques, comme tout un chacun, peuvent déjà – et ont toujours pu –, moyennant le versement d'un prix, passer des marchés de travaux, de services ou de fournitures. On comprend alors que la nouveauté est dans le caractère global de ces nouveaux contrats : ils ont vocation à accueillir à la fois des prestations de travaux et de services, mises à la charge d'un unique cocontractant, lui-même uni à l'administration par un même et unique contrat et à qui celle-ci verse le prix convenu.

Mais alors le sujet d'étonnement se déplace – et tout particulièrement pour le juriste de droit privé : de tels contrats globaux étaient-ils donc impossibles, inaccessibles aux personnes

publiques, avant l'ordonnance du 17 juin 2004 ? Et comment se fait-il qu'il ait fallu la loi pour autoriser ceci, qui paraît pourtant relever de la pure liberté contractuelle, entendue comme la faculté de donner à un contrat l'objet que l'on juge bon, sous la seule réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Plus précisément, n'y a-t-il pas là une modalité de marché parmi d'autres, singularisée simplement par le fait que son objet est global, parce que, dans les circonstances, la partie publique estime que c'est ainsi que l'intérêt général sera le mieux satisfait ? Après tout – et pour s'en tenir aux contrats administratifs – cet objet global est depuis longtemps admis et pratiqué dans la concession de travail et de service public, dont le droit administratif français revendique souvent la paternité et qui correspond bien à un contrat de longue durée avec un prestataire unique dont les obligations vont de la réalisation et du financement de l'équipement commandé à l'exploitation de celui-ci pour la durée de la délégation ; la seule différence étant – non pas dans l'objet contractuel global, auquel on n'a jamais rien vu d'illicite ni d'impossible – mais uniquement dans le mode de rémunération qui, dans la concession, on le sait, est constitué au moins à titre principal par les produits de l'exploitation de l'ouvrage ou du service qu'il accueille.

Ainsi, l'ordonnance « créant » les contrats de partenariat apparaît pour ce qu'elle est : une entreprise de rétablissement d'un objet contractuel global artificiellement effacé du droit de la commande publique, artificiellement parce qu'un tel objet global n'est en rien illicite, très normalement admis par le droit communautaire, qu'il est pratiqué par les systèmes étrangers, et accueilli de longue date par le droit français de la concession, aujourd'hui délégation de service public.

Or, il y avait deux façons de combler cette lacune – artificiellement et récemment apparue dans le droit français des contrats (on va y revenir) –, deux façons de redonner à l'objet contractuel possible, dans le droit de la commande publique, le « continuum » nécessaire pour permettre, dans chaque cas, le choix du type de contrat propre à la meilleure satisfaction de l'intérêt général :

- la solution la plus simple, à tous égards, était de compléter le Code des marchés publics, en perpétuelle refonte, pour y inscrire, parmi les marchés ouverts aux collectivités publiques, la

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
PUBLICS N° 36 331

¹ V. not. à ce sujet, Y. Gaudemet, « La commande publique et le partenariat public-privé, quelques mots de synthèse », *BDI* 2003, p. 534 et s.

possibilité de marchés globaux dits de partenariat (si l'on tenait à ce terme);

- l'autre solution, finalement choisie, était au contraire de légiférer en dehors du Code des marchés et de prétendre construire les « nouveaux » contrats de partenariat à côté de la délégation de service public et à côté des marchés, régis par le Code des marchés publics.

Si cette seconde voie a été choisie, c'est, semble-t-il, d'abord pour des considérations politiques; l'annonce de la création d'une nouvelle catégorie de contrats qui manqueraient au droit français alors qu'ils font florès à l'étranger² fait partie de ces messages politiques simplistes et flatteurs aux attrait desquels les pouvoirs publics sacrifient volontiers; considération politique aussi parce que les contrats de partenariat voulaient rompre, dans le vocabulaire au moins, avec les « marchés d'entreprise de travaux publics », les METP, pratiqués puis condamnés – pour des raisons qui ne tiennent pas au droit des contrats, on y reviendra – dans les années quatre-vingt-dix. Ces considérations politiques certainement ont eu leur part; mais on voudrait être certain que n'a pas joué aussi une approche trop pragmatique des promoteurs de la réforme, insuffisamment attentive aux exigences de la cohérence juridique comme aux qualifications du droit communautaire. Bref, on pouvait avoir des hésitations sur la méthode de la réforme et ces hésitations s'étaient exprimées³.

Mais s'agit-il véritablement de nouveaux contrats? Les contrats de partenariat, avec l'objet global qu'on a dit, existaient déjà, ont même été consacrés par des textes particuliers; et le véritable enjeu de l'ordonnance n'était pas tant de « créer » ces contrats globaux que de les rendre disponibles dans la généralité des cas; autrement dit de faire masse de toutes les pratiques et textes particuliers qui – là où nécessité faisant loi – avaient admis – sans employer le terme – de véritables contrats de partenariat.

I. LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EXISTENT DÉJÀ OU ONT EXISTÉ

Si les contrats de partenariat sont des contrats globaux qui incluent normalement, au sein d'un même contrat, la réalisation ou la réhabilitation d'équipements publics et l'exploitation et la maintenance de ceux-ci pour une durée déterminée, le cocontractant étant rémunéré par un prix à la charge de l'administration contractante, les contrats de partenariat – sans le nom – existent déjà ou ont existé.

On a reconnu là en effet les éléments traditionnels de ce que l'on a coutume d'appeler le METP, largement pratiqué (et avec succès) il y a encore quelques années et que l'on a voulu condamner, non pas en tant que type de contrat critiquable en lui-même, mais en raison des abus auxquels il a pu donner lieu⁴. Des textes spéciaux avaient, en outre,

d'ores et déjà rétabli des contrats de ce type dans certains secteurs.

BULLETIN JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS N° 36 Et la pratique également y a sa part.

A. Le précédent des METP

Il faut rappeler ici – sommairement – l'histoire récente des METP, car elle est directement à l'origine des projets actuels de contrats de partenariat, même si ceux-ci se défendent de cette paternité.

Si on laisse de côté quelques références anciennes (et qui n'ont pas la même signification), la notion de « METP » apparaît dans la jurisprudence avec les arrêts *Ville de Colombes* de 1963⁵ et *Société SIMA* de 1971⁶; il s'agissait dans l'une et l'autre espèces de contrats passés pour l'enlèvement des ordures ménagères et, dans l'un et l'autre cas, la qualification de concession est écartée au bénéfice de celle de METP. Ainsi, le contrat passé par la ville de Colombes « qui prévoyait au nom de la société, non le versement de redevances par les usagers, mais une rémunération forfaitaire à la charge de la ville, ne constituait pas une concession de service public, mais un marché d'entreprise de travaux publics »; et de même, s'agissant du contrat conclu avec la société SIMA, il est jugé que, « en raison du mode de rémunération ainsi retenu, la convention dont s'agit présentait le caractère, non pas d'une concession de service public, mais d'un marché d'entreprise de travaux publics »; dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Gentot analyse ce METP comme « se décomposant en deux éléments : marché de travaux publics (en l'espèce, la construction d'une usine); et contrat de prestation de services pour l'exploitation des installations ».

Cette jurisprudence n'est pas restée isolée. Un jugement du tribunal administratif de Lille qualifie le contrat confiant à une entreprise la gestion d'une station d'épuration de METP, et non d'affermage, en raison de la rémunération directe de l'entreprise par le syndicat intercommunal qui a passé le marché⁷. La même qualification de METP est retenue à propos d'un « traité de gérance » entre un syndicat intercommunal et un distributeur d'eau qui confiait à ce dernier l'entretien et la surveillance des installations et la distribution de l'eau potable moyennant une rémunération versée par le syndicat⁸.

De cette jurisprudence résultait simplement que le METP, nullement condamné dans son principe en tant que contrat global, n'était pas une délégation de service public, faute

² Encore qu'il y ait à bien mesurer ce succès et sa nature, v. *Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*, Rapport de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, *Mon. trav. pub.*, suppl 11 juin 2004; et même référence, suppl 2 juillet 2004.

³ V. not. les travaux du Colloque précité de l'Association française de droit de la construction sur « La commande publique et le partenariat public-privé », septembre 2003, travaux publiés dans la *Revue de droit immobilier*, novembre-décembre 2003, et aussi « Partenariats publics privés, Dialogue autour de l'ordonnance », Conférence Paris 5 novembre 2003, *LPA*, n° spécial, 18 mars 2004.

⁴ Outre, il faut bien le reconnaître, une hostilité récurrente des petites et moyennes entreprises à l'égard de ces contrats globaux auxquels elles n'accèdent que par la sous-traitance.

⁵ CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*: *Rec.*, p. 612.

⁶ CE 26 novembre 1971, *Société SIMA*: *RDP* 1972, p. 239, concl. M. Gentot.

⁷ TA Lille 16 janvier 1985, *Ville de Douai*, cité in Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, n° 878. Sur tous ces aspects, v. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, n° 877 et s.

⁸ CE 11 juillet 1986, *Préfet de la Creuse*: *Rec.*, p. 611; *D* 1987, *som. com.* p. 280, obs. Ph. Temeyre; même raisonnement et même qualification, pour le même motif pris du mode de rémunération du cocontractant, dans CE 8 juillet 1985, *SA Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*: *RFDA* 1986, p. 231, concl. M. Dandelot.

d'une rémunération du cocontractant sur l'usager du service ou de l'ouvrage en cause⁹.

On pouvait ainsi – et l'on peut toujours – définir le METP comme combinant une opération de travail public avec la fourniture d'une prestation, consistant généralement en l'entretien et l'exploitation de l'ouvrage, cependant que l'entrepreneur est rémunéré, non pas par les usagers, mais par la collectivité pour le compte de laquelle cet ouvrage est réalisé. On est très proche, on le voit, de ce que pourront être demain les contrats de partenariat public-privé passés en application de l'ordonnance du 17 juin 2004.

Si le METP s'est trouvé par la suite condamné, ce n'est pas parce que son objet global et complexe aurait eu quelque chose d'illicite ou d'illégitime; tout au contraire, il s'était imposé de lui-même, en France comme à l'étranger, pour certaines opérations importantes de réhabilitation et de maintenance, relevant d'un financement public étalé sur la durée et relayé par un préfinancement sur fonds privés.

Si le METP s'est trouvé condamné, c'est qu'on a voulu en rapporter le régime à la réglementation du Code des marchés publics et qu'on a trouvé dans celle-ci des contraintes – encore aggravées par la suite – incompatibles avec le mode de paiement du METP (l'interdiction du paiement différé) et avec son caractère de contrat global (l'allotissement obligatoire).

De deux choses l'une en effet, selon les avis du Conseil d'État et les réponses ministérielles qui se sont succédé à partir de 1991¹⁰: ou bien le METP comporte une délégation de service public, et il doit en respecter les formes et conditions; ou bien on y trouve les éléments d'un marché, et il est soumis à la réglementation du Code des marchés. L'avis précité du Conseil d'État est explicite à cet égard: « *Un contrat ayant pour objet la réalisation ou la réhabilitation ainsi que le gros entretien ultérieur d'un bâtiment public [...] et prévoyant le versement, au profit du titulaire du contrat, d'une rémunération forfaitaire périodique par la personne publique contractante, maître de l'ouvrage, ne saurait être regardé comme une concession de service public, dès lors qu'il ne prévoit pas que le titulaire perçoit sur les usagers, avec lesquels il ne noue d'ailleurs aucune relation contractuelle, des redevances pour service rendu. Un contrat de ce type, dans lequel on ne retrouve pas l'ensemble des critères retenus par la jurisprudence pour caractériser un marché d'entreprise de travaux publics, doit être regardé comme un marché de travaux publics* ».

Et en tant que marché, le METP est soumis aux directives communautaires « marchés », à la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, avec paiement direct du sous-traitant, éligible au fonds de compensation de la TVA et soumis à la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique. Mais il est soumis d'abord et avant tout au Code des marchés

publics; ce qui signifie qu'il ne peut pas être, puisque le code¹¹ interdit « *l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* » et réglemente strictement l'allotissement des marchés de construction-exploitation, avec pour conséquence nécessaire de condamner le METP.

Le METP n'a pas été condamné parce qu'il était mauvais, mais parce qu'en voulant y voir un marché « ordinaire », de la nature de ceux que couvrirait le Code des marchés publics, on a voulu le soumettre à un régime incompatible avec son principe. On retiendra de ces péripéties contentieuses que les contrats de partenariat ont existé, sur une grande échelle, sous la forme du METP; et qu'ils s'étaient mis en place presque naturellement parce que cet outil contractuel est apparemment celui qui convient le mieux pour certaines opérations.

B. Les montages « pseudo-concessifs »

En dehors même des METP désignés comme tels, d'autres contrats qui, apparemment, s'exécutent sans difficulté, présentent ou ont présenté les mêmes caractéristiques, avec parfois une extension de leur objet à une association à l'exécution d'un service public.

On citera ainsi la « concession » du Stade de France, conclue sur la base de la loi du 31 décembre 1993, qui peut à certains égards, et notamment par son caractère global, être rapprochée d'un contrat de partenariat public-privé: le « concessionnaire » y est rémunéré par la combinaison de versements des fédérations délégataires du service public du sport et d'une « indemnité » versée par l'État (aujourd'hui pratiquement compensée par les recettes fiscales de la concession). Le contrat, conclu pour une durée de trente ans, fonctionne bien. Et si, lors de sa conclusion, une loi de validation a été nécessaire¹², ce n'est pas que le principe même de ce contrat était en cause, mais la condition d'évolution de l'offre lors de la mise au point de celui-ci¹³; la Commission européenne n'a pas donné de suite à l'avis motivé adressé en avril 1997 à la France, avis qui faisait notamment valoir que la « concession » du Stade de France n'était pas une véritable concession et ne pouvait donc pas être soustraite aux procédures de mise en concurrence des directives « marchés ».

Certains contrats de partenariat existent donc déjà et il est remarquable qu'ils se soient imposés sans texte (ou même d'une certaine façon contre les textes), par la force des choses pourrait-on dire, là où les caractéristiques d'un tel partenariat en faisaient une nécessité presque naturelle. Mais des textes aussi, propres à certains secteurs, sont intervenus récemment.

C. Les textes spéciaux attributifs de droits réels

Autre exemple encore d'un véritable « besoin » économique et social de contrats globaux de partenariat, des textes attributifs de droits réels spécifiques pour certaines occupations privatives du domaine public ont été interprétés – avec beaucoup de libéralisme, mais de libéralisme bienvenu – comme permettant de « loger » de véritables contrats de partenariat avant la lettre.

C'est le cas de la loi du 5 janvier 1988 autorisant les collectivités

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
PUBLICS N° 36 333

⁹ V. par ex. Y. Gaudemet, « Le METP », *Mon. trav. pub.* 23 décembre 1988, p. 4.

¹⁰ Notamment l'avis du CE du 18 juin 1991, *Grands avis du Conseil d'État*, p. 242, comm. F. Rolin.

¹¹ Art. 94 du décret du 7 mars 2001 puis art. 94 du décret du 7 janvier 2004.

¹² J. Gourdon, « La validation législative du contrat de concession du Stade de France », *CJEG* 1997, p. 203.

¹³ TA Paris 2 juillet 1996, *Sarfati*; *RFDA* 1996, p. 1113, concl. Conzinet; CAA Paris 4 décembre 1997, *Sarfati*; *AJDA* 1998, p. 245, concl. Labert.

locales à conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA) sur certaines dépendances de leur domaine public. C'est le cas, plus évidemment encore, de la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur certaines installations d'occupants privatifs de certaines dépendances du domaine de l'État et de ses établissements publics.

i) Le BEA, introduit par voie d'amendement parlementaire dans la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation¹⁴, vise ouvertement à faire échec à la jurisprudence du Conseil d'État *Eurolat* de 1985¹⁵, comprise comme négatrice de toute possibilité de droits réels des occupants domaniaux autorisés sur les installations réalisées par eux au titre de ces occupations. Son dispositif, étendu aux établissements publics locaux, figure aujourd'hui aux articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Au principe négatif affirmé au premier de ces articles, selon lequel une autorisation d'occupation du domaine public ne confère pas de droits réels à son titulaire, il est apporté une exception consistant en la possibilité, pour certaines occupations seulement, de consentir un BEA¹⁶. Ce bail est conclu « en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission d'intérêt général de sa compétence », l'affectation à cette mission résultant soit du bail lui-même, soit d'une convention réputée « non détachable » de ce bail.

Ce dispositif – d'un maniement assez difficile – a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle et doctrinale libérale. Contrairement au tribunal administratif de Lille qui y avait vu un marché soumis, d'autre part, aux exigences de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique¹⁷, le Conseil d'État a admis que cette formule de BEA soit utilisée, en dehors du Code des marchés publics, pour la réalisation, pour le compte de la collectivité territoriale, d'un ouvrage mis à la disposition de celle-ci (extension d'un hôtel de ville), imposant au preneur des obligations et prescriptions relatives à l'utilisation de l'immeuble et permettant, dans certaines hypothèses, la résiliation unilatérale du BEA par le bailleur¹⁸; la maîtrise d'ouvrage se trouve transférée au preneur à bail emphytéotique; le droit réel résultant du BEA peut fonder tous les financements garantis par une sûreté réelle, tel le crédit-bail.

On retrouve ainsi les éléments essentiels de ce que seront demain les futurs contrats de partenariat public-privé: caractère global du contrat incluant la réalisation d'un immeuble, son entretien et sa mise à disposition ou exploitation, avec rémunération par la collectivité, par les loyers versés pour l'occupation de l'immeuble.

ii) Ce sont des solutions analogues qui ont été dégagées du dispositif de la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, dont l'intérêt est aussi d'avoir été soumise au Conseil constitutionnel, lequel n'a vu aucun obstacle constitutionnel à la reconnaissance de tels droits réels sur le domaine public¹⁹. Elle s'est trouvée cependant large-

ment compliquée dans sa mise en œuvre par l'institution – abusive? –, par son décret d'application du 6 mai 1995²⁰, d'un véritable régime d'au-

torisation administrative préalable pour accéder au dispositif spécifique de la loi.

En revanche, le Conseil d'État, dans un avis du 31 janvier 1995 – qui est en quelque sorte le pendant de l'arrêt *Sté Sofap-Marignan* pour le BEA de la loi de 1988 –, s'est attaché à donner la portée la plus large au mécanisme des droits réels ainsi mis en place: le droit réel conféré à l'occupant peut être utilisé pour la réalisation d'un ouvrage qui sera mis, par voie de bail, à la disposition du service de l'État affectataire du domaine, lequel peut assortir le droit réel de la description des éléments de programme correspondant à l'utilisation qu'il veut faire de l'immeuble; c'est le titulaire de l'autorisation d'occupation domaniale qui est maître de l'ouvrage. Ces solutions ont été confirmées au contentieux²¹.

Sous les deux formes du BEA de la loi de 1988 et des occupations constitutives de droits réels de la loi de 1994, telles que construites par la pratique, c'est bien une variété de contrats de partenariat dont on dispose. Mais avec encore beaucoup d'incertitudes juridiques et aussi des limites – importantes – qui sont, pour faire bref, de deux ordres.

La première tient aux champs d'application limités que ces deux législations se donnent à elles-mêmes: seules certaines occupations domaniales sont concernées²²; et du même coup – c'est l'effet régressif de ces législations – on en a déduit que de tels « montages » n'étaient pas possibles à partir d'autorisations domaniales « ordinaires »²³, ce qui est une erreur, car ces autorisations ordinaires ne confèrent pas moins que les autorisations de la loi de 1994 un droit réel à l'occupant sur les installations réalisées au bénéfice du titre sur le domaine occupé²⁴.

La seconde limite tient à ce que ces solutions de la pratique et de la jurisprudence sont bâties à partir de textes qui ne se situent pas d'abord dans une logique contractuelle (sauf peut-être la loi de 1988); on déduit du statut domanial de l'occupant une forme de contrat global qui « valorise » les droits tirés de cette occupation. La perspective de l'ordonnance sur les contrats de partenariat (et de la loi d'habilitation) est inverse: le régime des biens est un élément de l'équilibre et de la faisabilité du contrat conçu comme un tout.

¹⁴ Art. 13.

¹⁵ CE 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat*; *RFDA* 1986, p. 21, concl. B. Gènerois.

¹⁶ Celui de l'art. L. 451 du Code rural, dit le texte.

¹⁷ TA Lille 17 décembre 1992, *Joseph Lecomte et a.*; *CJEG* 1994, p. 589.

¹⁸ CE 25 février 1994, *Sté Sofap-Marignan Immobilier*; *DA* 1994, n° 198.

¹⁹ CC 21 juillet 1994; *AJDA* 1994, p. 786, note G. Goudouin.

²⁰ Actuels art. R. 57-1 et s. du Code du domaine de l'État.

²¹ Par ex. TA Strasbourg 6 mai 2000, *Riegert c/ Ville de Strasbourg*; *BUDCP* n° 14, janvier 2001, 82, chron. Ch. Maugué.

²² Il est remarquable cependant que le champ d'applications possibles de la loi de 1994 ait été progressivement étendu à l'ensemble des établissements publics de l'État (décrets des 6 mai 1995 et 2 décembre 1996), aux ports de pêche départementaux (loi du 18 novembre 1997 et décret du 29 mai 2000) puis aux ports de plaisance communaux (loi 27 février 2002, art. 104-VI et décret du 30 octobre 2003).

²³ Celles de l'actuel art. L. 28 du Code du domaine de l'État.

²⁴ Sur cette démonstration voir *Traité préc.*, tome 2, n° 406 et s. avant comme après 1994, la jurisprudence désigne communément l'occupant comme le « propriétaire » des installations réalisées par lui sur le domaine, y compris après 1994 pour les occupations « ordinaires ». Sur le caractère régressif de la loi de 1994, v. Y. Gaudemet, *L'occupant privatif à l'épreuve de la loi*, Mél. G. Braibant, p. 308.

Reste qu'avec ces limites, les BEA et les contrats bâtis sur la base de la loi de 1994 constituent des précédents utiles et la question devra être posée de leur possible « absorption » par l'ordonnance sur le partenariat public-privé du 17 juin 2004.

D. Les contrats de partenariats spécialement prévus par la loi

On doit encore mentionner d'autres précédents que constituent les lois spéciales intervenues pour la police et la gendarmerie nationale, d'une part, pour le service pénitentiaire d'autre part. Il s'agit d'une sorte de précurseurs – et présentés comme tels – de ce que pourront être demain, non limités à certaines activités, les contrats globaux de partenariat public-privé.

L'article 3-I de la loi du 29 août 2002 permet à l'État de conclure des « marchés dérogatoires » pour « la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale » ; et l'article 3 de la loi du 9 septembre 2002, modifiant la loi sur le service pénitentiaire de 1987, permet la conclusion de contrats analogues pour « la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires ».

On trouve là tous les éléments des contrats de partenariat ; et ces textes ont été largement commentés comme tels : caractère global du contrat autour et à partir d'un investissement immobilier ; statut domanial de l'immeuble ; sûretés pouvant être données au cocontractant pour le préfinancement de l'ouvrage ; transfert de la maîtrise d'ouvrage ; etc. Simplement – et alors que ces textes étaient ouvertement motivés par l'urgence –, les décrets d'application ont tardé à intervenir²⁵.

E. Les BEAH de l'ordonnance de 2004

L'ordonnance du 4 septembre 2004 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé s'attache à « compléter la panoplie des outils juridiques à disposition des établissements de soins pour investir et construire »²⁶. Ceci se fait principalement par l'extension de la formule du BEA, avec une réglementation améliorée, à ceux parmi les établissements publics de santé qui, n'étant pas établissements publics locaux, en étaient jusqu'à présent privés et, de façon complémentaire, par l'institution de contrats globaux, comme ils avaient déjà été prévus par les lois du 29 août et du 9 septembre 2002, respectivement pour la sécurité intérieure et pour la justice²⁷.

De la sorte, le procédé du BEA est maintenant ouvert à tous les établissements publics de santé (et pas seulement aux établissements locaux). Il est praticable sous deux formes principales :

- la réalisation d'un équipement ou d'un bâtiment qui est ensuite mis à la disposition de l'établissement public de santé pour l'exercice de sa mission ;
- la réalisation d'un équipement complétée et prolongée de la maintenance et de la gestion de celui-ci, selon une mission qui concourt à la bonne fin des activités de santé sans pour autant que les opérations de soins proprement dits soient concernées.

Ainsi élargi dans ses possibilités d'intervention, le BEA est, d'autre part, épuré de certaines des ambiguïtés qui le marquent, d'origine, et qui en font une technique encore incertaine sur le plan de la stricte orthodoxie juridique.

À cet effet, l'ordonnance de 2004 apporte d'utiles précisions. Il est indiqué que le BEA peut être conclu par un établissement public de santé, sur son domaine, « en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé », uni au premier par une action de coopération. Il est encore indiqué que le droit réel conféré au preneur par le BEA peut être engagé au titre d'un crédit-bail (solution que l'on déduisait généralement de la réglementation générale du BEA de la loi de 1988 mais qui n'y est pas explicite). La convention fixant les obligations du preneur à bail et attachée au BEA est rendue obligatoire pour les établissements de santé par l'ordonnance de 2004, alors qu'elle n'est que facultative dans la loi de 1988 ; l'ordonnance précise les rubriques que doit nécessairement comporter cette convention. Il est formellement prévu que le « BEA santé » « est soumis à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes »²⁸. Le BEA est nettement distingué de toute formule de concession, sur la base des avis du Conseil d'État de 1994 et 1995 qui invitaient déjà à ne pas mélanger les genres²⁹ : « la notion de mission concourant à l'exercice du service public implique que le bail ne peut avoir pour objet ni pour effet de confier à une personne privée les missions de service public hospitalier mentionnées aux articles L. 6111-1, L. 6111-2, L. 6111-2-1 et L. 6111-2-2 du Code de la santé publique »³⁰.

De la sorte, le BEA se trouve largement « sécurisé » et précisé tant dans sa procédure que dans son dispositif ; même si certaines ambiguïtés demeurent, notamment quant au circuit de financement qui mobilise le droit réel conféré par le BEA et à sa « détachabilité » par rapport à la convention qui fixe le mode d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage.

Le nombre de ces précédents, leur répétition dans le temps durant les quinze années qui ont précédé l'actuelle ordonnance sur les contrats de partenariat, l'importance des matières couvertes, tout cela traduit bien un « besoin » de contrats globaux, propres à assurer le préfinancement et la gestion d'équipements publics par le secteur privé. Mais ces solutions juxtaposées, avec chacune ses particularités et son régime juridique un peu

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
PUBLICS N° 36 335

²⁵ Sur ces conventions, voir l'étude très complète de P. Delvolvé, « Sécurité intérieure, justice, défense : les "conventions de bail" sur le domaine public (décret du 6 janvier 2004) », *BJDCP* n° 34, mai 2004, p. 166.

²⁶ Le BEA « classique » pouvait déjà être utilisé – et avait été utilisé – par les établissements de santé ayant le statut d'établissement public communal ou départemental. V. sur tous ces points l'étude minutieuse de Ph. Yoika, « Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCP coll. Administrations et collectivités territoriales*, n° 22/23 – 1364 ; et aussi P. Blémont, « Nouveaux contrats pour construire et moderniser l'hôpital », *BJDCP* n° 32, janvier 2004, p. 2 ; v. encore la circulaire d'application de l'ordonnance, en date du 13 octobre 2003.

²⁷ *Supra*, D.

²⁸ V. art. L. 6148-5-I nouveau, Code de la santé publique.

²⁹ Avis du CE des 16 juin 1994 (EDCE, p. 367), 24 janvier 1995 (EDCE, p. 467) et 24 mars 1995 (EDCE, p. 470).

³⁰ Circ. 13 octobre 2003, art. IV-2-3.

V de circonstance, répondant chaque fois à des préoccupations immédiates tributaires de priorités politiques successives, ont aussi d'évidentes limites et d'abord dans la méthode.

C'est pour cela qu'un texte général était attendu et nécessaire, venant consacrer la possibilité de contrats globaux, pour l'ensemble des personnes publiques et pour l'ensemble des domaines de l'action administrative. C'est ce que voulait la loi d'habilitation, du 2 juillet 2003; c'est l'ambition que doit désormais satisfaire l'ordonnance du 17 juin 2004 « créant » les contrats de partenariat.

Est-ce bien le cas ?

II. LES RÉSERVES D'INTERPRÉTATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'ÉLABORATION DE L'ORDONNANCE

Il faut d'abord dire que le projet des contrats de partenariat a été en quelque sorte rattrapé par son passé, celui des METP; on a dit que ces METP, en tant que contrats globaux, n'étaient en rien critiquables; mais leur pratique et le contexte de leur passation ont créé un préjugé défavorable à leur égard. Et c'est au fond ce préjugé défavorable (au moins réservé) qui s'est exprimé – en termes de droit – dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi d'habilitation du 2 juillet 2003.

En effet, la loi d'habilitation de 2 juillet 2003 a fait l'objet, de la part du Conseil constitutionnel, de réserves d'interprétation, portant précisément sur son article 6 au titre duquel est intervenue l'ordonnance relative aux partenariats public-privé. On en rappellera les termes: « *Considérant [...] qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel; que toutefois la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques, et au bon usage des deniers publics; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général, tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé; Considérant [...] que l'article 6 ne saurait être*

entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté; Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution » ³¹.

Ces réserves d'interprétation ne figuraient ni dans la décision du 22 août 2002 à propos de la loi permettant des contrats de partenariat dans le domaine de la police et de la gendarmerie ³², ni dans la décision du 29 août 2002 ³³ à propos d'un dispositif analogue pour les installations pénitentiaires, la différence – importante – étant que les contrats prévus par ces textes étaient ouvertement présentés comme des marchés, avec la possibilité d'écarter certaines règles du Code des marchés publics et en particulier l'allotissement obligatoire ³⁴.

Quelle est, alors, la part faite de cette différence de présentation, la portée exacte des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel à propos de l'article 6 de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 ?

Le Conseil constitutionnel ne voit aucun obstacle constitutionnel au caractère global des contrats de partenariat; de la même façon, le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé ne se heurte, dans son principe, à aucun obstacle constitutionnel. Mais c'est « *la généralisation de telles dispositions dérogatoires au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique (qui) serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* », d'où l'exigence de « *réserver de telles dérogations* » – c'est-à-dire les contrats de partenariat public-privé – « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général, tels que l'urgence [...]* » ou bien « *la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

Cela – pour parler vrai – n'est ni clair, ni convaincant. D'abord parce que tous les contrats administratifs « *répondent à des motifs d'intérêt général* », et donc ils entrent tous dans la « réserve » que le Conseil constitutionnel a cru pouvoir créer. Mais surtout plus fondamentalement parce que le « principe d'égalité devant la commande publique », à supposer qu'il existe et qu'il ait une valeur constitutionnelle, ne signifie certainement pas que tous les opérateurs doivent avoir accès à tous les contrats; ou sinon la remise en cause devrait s'étendre, par exemple, à la concession, au contrat de conception-réalisation ou au contrat de gérance, qui ne sont pas moins des contrats globaux que les partenariats des lois de 2002-2003.

L'égalité n'a rien à voir avec la configuration spécifique de chaque type de contrat qui fait – en droit privé comme en droit public – que les cocontractants possibles se recrutent dans un

³¹ V. not. F. Linditch, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », JCP, éd. Administrations et collectivités territoriales, n° 41, 2003-1990.

³² Rec., p. 198; AJDA 2002, p. 1061, note J.-Y. Chérot et J. Frémeau.

³³ Rec., p. 204.

³⁴ V. le commentaire de F. Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé: bis repetita non placent », RDP 2003, p. 1163 et s.

cercle de professionnels limités. Le plombier local ne peut pas plus souscrire à une concession de distribution d'eau qu'il ne le pourra demain à un contrat global de partenariat; il n'y a rien là qui choque l'égalité. Et l'égalité devant la commande publique, que le Conseil constitutionnel semble avoir confondue avec l'égalité devant la réglementation des marchés publics (ce qui est une vision réductrice et injustifiée de la commande publique), ne vaut évidemment plus dès lors que – à la différence des lois d'août 2002 – il s'agit de bâtir un nouveau contrat « à côté » du Code des marchés publics et échappant par construction à la réglementation de celui-ci.

Quant aux exigences constitutionnelles de la protection des propriétés publiques, il y a longtemps que le Conseil constitutionnel en a, très utilement d'ailleurs, indiqué le contenu : la propriété des personnes publiques bénéficie, comme celle des personnes privées, de la protection constitutionnelle du droit de propriété consacrée par la Déclaration des droits de 1789; d'où il découle que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* »³⁵. Rien là qui s'oppose à la reconnaissance de droits réels sur les propriétés publiques, y compris le domaine public, ainsi que le Conseil constitutionnel lui-même l'a constaté dans sa décision du 21 juillet 1994, en déclarant conforme à la Constitution la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droit réel sur le domaine public.

Enfin, la référence aux exigences constitutionnelles de bon emploi des deniers publics ne peut avoir d'autre signification, en la matière, que de rappeler que, dans chaque cas, l'administration responsable doit rechercher et choisir le mode d'organisation des services et activités publics, notamment par voie de contrat, le mieux approprié et permettant d'obtenir le meilleur service au meilleur coût. Ce qui s'est traduit très clairement dans la loi d'habilitation et dans l'ordonnance par l'obligation faite à la collectivité publique d'apprécier dans chaque cas les avantages et les inconvénients de la formule qu'elle retient avant d'adopter celle-ci.

C'est en effet sur ce terrain plus politique qu'il y a lieu de rechercher et d'apprécier la portée exacte de la décision du Conseil constitutionnel.

Le Conseil s'est inquiété – mais est-ce son rôle ?³⁶ – d'une préférence systématique suspectée pour les futurs contrats de partenariat, au détriment des marchés régis par le Code des marchés. Et il faut reconnaître qu'en effet un pas avait été franchi, au moins dans la forme, dès lors que la loi d'habilitation invitait expressément à définir de nouveaux contrats, alors que les lois antérieures – par ailleurs sectorielles – s'étaient présentées comme consacrant la possibilité de « marchés dérogatoires »

relevant du Code des marchés publics, et affranchis seulement de certaines de ses dispositions.

La réponse – qui devrait être satisfaisante au regard des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel – est donc tout simplement dans l'inscription dans l'ordonnance d'un dispositif qui fait obligation aux collectivités et établissements publics de s'assurer, dans chaque cas, que le choix du contrat de partenariat est celui qui convient le mieux et qu'il préserve l'accès des petites et moyennes entreprises à celui-ci.

C'est à ce titre aussi que l'article 6 de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 indique *in fine* que les dispositions nouvelles relatives au contrat de partenariat « *prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article* ».

Il ne s'agit certes pas d'un principe constitutionnel (même si l'on peut penser que ce libellé de la loi n'a pas été sans influence « politique » sur la rédaction de la décision du Conseil constitutionnel), mais il y a bien là une directive de la loi d'habilitation dont l'ordonnance a tenu compte de deux façons. L'article 8, alinéa 3 range parmi les critères d'attribution figurant nécessairement dans l'appel à concurrence « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* ». Et l'article 2 impose une évaluation préalable à la conclusion du contrat, montrant la pertinence, voire la nécessité de celui-ci sous la forme d'un contrat de partenariat, pour la réalisation du projet.

III. LE CONTENU DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Le Code des marchés publics ne permet pas actuellement la conclusion de contrats globaux de partenariat. Le droit commun de la réglementation des marchés qui en résulte ne prévoit pas la possibilité d'organiser le paiement sur la durée du contrat et, en tous les cas, de s'affranchir de l'interdiction du paiement différé; il pose en outre un principe d'allotissement obligatoire; ajoutons encore que les marchés ne comportent aucun transfert de la maîtrise d'ouvrage au cocontractant, etc.

La voie d'une modification du Code des marchés – utilisée encore par les lois d'août 2002 pour la sécurité publique et le service pénitentiaire – n'est pas celle qui a été retenue pour les contrats de partenariat, on l'a déjà dit; et l'ordonnance du 17 juin 2004 se propose bien de « *créer de nouveaux contrats* », à côté des marchés régis par le Code des marchés publics³⁷, pour les soumettre à un régime juridique différent dont voici les principales rubriques.

a) C'est d'abord l'objet du contrat de partenariat, défini comme un contrat comportant « *une mission globale* », incluant possiblement le financement, la réalisation ou réhabilitation d'un ouvrage, son exploitation et sa maintenance, la fourniture de presta-

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
PUBLICS N° 36 337

³⁵ CC 25-26 juin 1986 : Rec., p. 61.

³⁶ Le Conseil constitutionnel a-t-il été bien inspiré de mettre le principe constitutionnel d'égalité au service d'une forme de « protectionnisme » qui – s'il relève d'un arbitrage du législateur, et d'ailleurs la loi d'habilitation et l'ordonnance y ont veillé – n'est ni dans le rôle ni dans la compétence de ce Conseil ?

³⁷ Ce qui réserve cependant la qualification des contrats de partenariat au regard du droit communautaire, v. *infra*.

V tions d'intérêt général ³⁸; il s'agit de contrats administratifs par détermination de la loi.

Il n'y avait en revanche que des inconvénients à vouloir définir négativement le contrat de partenariat, par distinction du marché ou de la délégation: outre que l'exercice est impossible, il risque de laisser subsister des solutions de continuité, correspondant à des formes contractuelles qui ne seront pas couvertes par les partenariats public-privé ni par les contrats dont on aura voulu les distinguer. Après s'y être un moment employés, les rédacteurs de l'ordonnance ont fort heureusement abandonné cette définition « *en négatif* », qu'on trouve pourtant encore dans le rapport au Président de la République qui introduit l'ordonnance.

b) La durée du contrat est naturellement – et nécessairement – proportionnée à l'objet de celui-ci et à l'importance du préfinancement requis, comme encore au montant du « *prix* » acquitté par l'administration tout au long du contrat. Ce qui a conduit finalement à ne pas fixer de durée, même minimum, dans l'ordonnance, mais à poser le principe de l'adéquation, dans chaque cas, de la durée du contrat aux obligations souscrites et aux conditions de son équilibre financier ³⁹.

c) Obligation est faite à la personne publique (ou chargée d'une mission de service public) de procéder à une évaluation préalable du projet, sous ses aspects économiques, financiers et techniques, établissant que le contrat de partenariat est, en l'espèce, celui qui convient le mieux ⁴⁰. Cette évaluation est nécessairement effectuée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux qui seront créés par décret ⁴¹.

d) L'essentiel – en volume – de l'ordonnance est consacré à la description d'une procédure de passation des contrats de partenariat qui respecte les obligations nationales et communautaires de transparence et d'égalité de traitement. Ce peut être la procédure du dialogue compétitif, si elle est considérée comme satisfaisante au regard du droit communautaire primaire (jurisprudence *Telaustria* ⁴²); ce sera celle des directives « *marchés* » pour les contrats de partenariat – les plus nombreux, semble-t-il – qui seront considérés comme des marchés au sens du droit communautaire.

Le point est important: il ne peut y avoir évidemment aucune hostilité du droit communautaire à l'égard du principe même du contrat de partenariat. Mais la qualification du contrat s'opère, en droit communautaire, en fonction des critères de définition que celui-ci s'est donnés à lui-même, notamment pour déterminer le champ des directives « *marchés publics* ». Ou bien encore, pour dire la même chose autrement, on se tromperait sur la vertu – autre qu'incantatoire – dans l'ordre communautaire de l'affirmation par l'ordonnance à venir que les partenariats public-privé ne sont pas des marchés, si le droit communautaire doit y retrouver les éléments qui, pour lui, caractérisent un marché ⁴³.

Or, dans la majorité des cas, on l'a dit, les partenariats

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
338 PUBLICS N° 36

public-privé présenteront les caractéristiques du marché public au sens du droit communautaire. La question sera alors d'apprécier, en

fonction de leur contenu, s'ils relèvent plutôt de la directive « *services* » ou de la directive « *travaux* ».

Et de toute façon, il faudra que leur mode de passation satisfasse aux exigences de cette réglementation communautaire, soit que l'on se trouve dans les conditions que le droit communautaire met à la procédure de dialogue compétitif, soit qu'on y ajoute, dans chaque cas et selon le contenu de chaque contrat, la procédure de transparence et de sélection des offres appropriée.

e) L'ordonnance règle – dans des termes qu'il faut saluer et qui n'étaient pas ceux du projet soumis au Conseil d'État – la question – capitale pour l'avenir des contrats de partenariat – du droit du cocontractant sur les installations qu'il réalise ou réhabilite au titre du contrat. C'est en effet la condition d'un préfinancement satisfaisant de ces travaux.

Or, il y avait pour cela plusieurs façons de faire. La plus claire à tous égards est d'affirmer que le contrat de partenariat confère de plein droit au cocontractant des droits réels sur les ouvrages et installations objet du contrat; ces droits réels emportent disposition des droits et obligations du propriétaire, de telle sorte que le titulaire du contrat peut notamment engager ce droit réel pour obtenir du financement, notamment par crédit-bail ⁴⁴; c'est fort heureusement la solution qu'on trouve finalement à l'article 13 de l'ordonnance.

A été ainsi écartée la rédaction du projet d'ordonnance soumise au Conseil d'État qui se bornait à renvoyer aux dispositions introduites par la loi du 25 juillet 1994 aux articles L. 34-1 et suivants du Code du domaine de l'État et à la loi de 1988 sur le BEA pour les collectivités locales ⁴⁵, pour ajouter que le contrat « *peut prévoir* » des droits réels de cette nature au profit du cocontractant.

Il y a là une heureuse anticipation sur les solutions qu'on peut espérer voir consacrées demain, en tant que principe, pour l'ensemble des occupations domaniales, dans l'ordonnance prévue par la même loi d'habilitation pour porter Code des propriétés publiques (à droit non constant) ⁴⁶.

f) L'ordonnance indique expressément que, dans un contrat de partenariat, la maîtrise d'ouvrage est transférée de plein droit au cocontractant de l'administration (comme il en est actuellement dans les concessions, mais aussi dans les BEA

³⁸ Art. 1^{er} de l'ordonnance.

³⁹ Art. 11-1°.

⁴⁰ Art. 2.

⁴¹ V. Institut gestion déléguée, « Évaluation des contrats globaux de partenariat », *Mon. trav. pub. suppl.*, 26 mars 2004.

⁴² La jurisprudence *Telaustria* (CJCE 7 décembre 2000 *Telaustria et Telefonadress*: Rec. 2000-1, p. 10745; *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer) comme encore la communication interprétative de la Commission sur les concessions montrent sans ambiguïté que ces principes sont à rattacher au droit des traités communautaires eux-mêmes, les directives « *marchés* » n'assurant que leur mise en œuvre, précisément dans le cas des marchés publics.

⁴³ Voir la « *mésaventure* » du Stade de France, qualifié – par la loi – de « *concession* » et dans lequel la Commission des communautés a voulu voir un marché.

⁴⁴ Cette proposition pouvait se réclamer de la thèse selon laquelle il a toujours été admis que l'occupant domanial disposait d'un droit réel – la jurisprudence parle même de « *droit de propriété* » – sur les installations réalisées par lui sur le domaine occupé, la confusion n'étant venue récemment qu'en raison du dispositif restrictif de la loi de 1994 et du décret de 1995.

⁴⁵ Art. L. 1311-2 et s. du CGCT.

⁴⁶ V. « *La réforme du droit des propriétés publiques* », *LPA*, n° spécial, 23 juillet 2004.



et dans les autorisations domaniales de la loi de 1994 avec réalisation d'un ouvrage d'intérêt général) ⁴⁷. C'est une précision utile et qui répond aux termes de la loi d'habilitation.

g) L'article 11, dernier alinéa de l'ordonnance ouvre les contrats de partenariat à l'arbitrage, avec application de la loi française. *A priori*, cette disposition n'est pas insolite, les marchés publics pouvant, depuis la loi du 17 avril 1906, comporter des clauses compromissaires ou faire l'objet de compromis spéciaux d'arbitrage; c'est plutôt l'inarbitrabilité des délégations de service public, au sein des contrats administratifs, qui peut paraître anachronique et pour tout dire aujourd'hui inconvenante. En revanche, on peut se demander si l'arbitrabilité des contrats de partenariat, en ce qu'elle comporte une dérogation aux règles normales de compétence contentieuse, ne va pas au-delà des termes de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003.

* *

Le régime juridique des contrats de partenariat doit être replacé, pour conclure ces quelques remarques analytiques ou critiques, dans le cadre plus large du droit de la commande publique (puisque telle est aujourd'hui l'expression consacrée).

On a compris que le contrat de partenariat public-privé est une variété particulière de contrat administratif, une sorte de « contrat spécial » pour employer la terminologie du droit privé des obligations. Et c'est sans doute pourquoi certains se sont donné aujourd'hui tant de mal pour en donner une définition, au moins en exposer les éléments caractéristiques et le distinguer des autres contrats, notamment la concession, le marché et le contrat « ordinaire » d'occupation du domaine public ⁴⁸.

C'est céder à une attitude méthodologique très – trop – répandue dans la présentation des contrats administratifs: tout le mouvement actuel de la matière consiste en effet à multiplier les réglementations particulières propres à tel ou tel contrat sans vraiment prendre conscience qu'ils appartiennent tous et chacun à la catégorie générale du contrat; le genre précède l'espèce; on réglemente les marchés, les délégations de service public, différents contrats de partenariat (et d'abord sans dire leur nom), les contrats d'occupation du domaine public, le contrat de gérance, etc., sans s'intéresser au droit du contrat administratif en général, si bien que la première question que l'on se pose est celle de l'appartenance du contrat en cause à telle ou telle catégorie et que celle-ci, par le régime spécifique qu'elle implique, devient une forme de contrainte.

Il faut rappeler qu'en matière de contrat administratif, comme en droit privé, le principe est celui de la liberté contractuelle, entendue comme la liberté, pour les personnes publiques, de déterminer l'objet du contrat et de choisir les formes contractuelles qu'elles jugent bon, dans le respect évidemment des textes d'ordre public applicables à chaque catégorie de contrats; et cela s'étend à la libre disposition des contrats spé-

ciaux du droit civil ⁴⁹. Cette liberté contractuelle est à combiner, comme en droit privé, avec l'existence de contrats nommés, spécialement réglementés, avec un objet déterminé; on a déjà cité les principaux. Et c'est la détermination de son objet particulier qui fait le contrat spécial.

Appliquons ceci aux contrats de partenariat public-privé. L'objectif en réalité n'est pas tant de se doter d'un nouveau contrat, mais, en permettant ce qui était jusqu'à présent interdit ou contourné, de donner son plein effet à la liberté contractuelle des personnes publiques; il faut en quelque sorte redonner son *continuum* à celle-ci; et cela en rendant accessible un objet contractuel global.

Il ne s'agit donc pas d'enfermer les parties dans un cadre réglementaire nouveau, s'ajoutant à ceux qui existent déjà, mais de reconnaître par la loi que la liberté contractuelle peut se donner comme objet des contrats globaux, étendus à la réalisation, au financement et à l'exploitation d'un immeuble, avec ou sans association au service public, avec ou sans rémunération par les usagers. Il ne faut pas enfermer les contrats de partenariat public-privé dans un moule unique; il ne faut pas vouloir les définir et surtout pas en négatif.

Le contrat de partenariat présente d'évidentes analogies avec le marché (on l'a déjà dit); il peut se faire, que dans certains cas, il emprunte aussi à la délégation de service public; peu importe dès lors qu'il respecte aussi le régime de passation de cette dernière. Bref, le contrat de partenariat public-privé vient rendre plein effet à la liberté contractuelle des personnes publiques; il ne faut pas l'enfermer dans la prison d'une étiquette, au risque d'interdire certains montages qui se situeraient, par exemple, à la frontière du partenariat public-privé-marché et de la délégation de service public.

Le juge n'a jamais sanctionné un contrat parce que les parties l'avaient inexactement qualifié: il apprécie si, compte tenu de son objet et de ses caractéristiques, il respecte ou non les réglementations correspondantes.

Il y aura donc des partenariats public-privé qui resteront très proches des marchés et n'utiliseront pas toutes les « dérogations » rendues possibles par l'ordonnance; d'autres qui s'en distingueront davantage et reprendront toutes les caractéristiques originales de l'ordonnance; d'autres qui seront proches des « montages » actuels en BEA ou sur la base d'une occupation constitutive de droits réels de la loi de 1994 et qui, peut-être, « absorberont » ces contrats, de pratique aujourd'hui difficile; d'autres enfin qui, parce qu'ils feront une place à une rémunération marginale ou complémentaire des usagers ou encore parce qu'il sera très difficile d'apprécier si le cocontractant n'est pas associé à certains aspects de l'exécution d'un service public, emprunteront aussi à la délégation de service public.

Aux parties d'en tirer les conséquences; et au juge, s'il est saisi, d'en vérifier la sanction. Mais cette diversité est souhaitable; elle est l'expression de la liberté contractuelle (retrouvée) des parties; et toute interprétation trop restrictive de l'ordonnance du 17 juin 2004 en ferait perdre le bénéfice. ■

BULLETIN JURIDIQUE
DES CONTRATS
PUBLICS N° 36 339

⁴⁷ Art. 1^{er} *in fine* de l'ordonnance.

⁴⁸ V. encore sur ce thème le rapport au Président de la République de l'ordonnance du 17 juin 2004.

⁴⁹ Par ex., à propos de la VEFA, CE 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*: BDP 1991, p. 1137; dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement affirme expressément la liberté contractuelle des personnes publiques, à l'identique de celle des personnes privées.

Thierry REYNAUD, « La loi du 28 juillet 2008 : une seconde chance pour les contrats de partenariat », BJCP n°60

La loi du 28 juillet 2008 : une seconde chance pour les contrats de partenariat

THIERRY REYNAUD

Directeur de Projets à la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)



La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a été publiée au *Journal officiel* de la République française du 29 juillet 2008. Venant après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-567 du 24 du même mois, elle constitue l'aboutissement du chantier législatif lancé à la demande du président de la République par sa lettre au Premier ministre du 1^{er} octobre 2007.

Cette étape essentielle ne constitue pas une fin en soi : le plan de « stimulation » des partenariats public-privé comprend également la mise en œuvre de textes réglementaires et diverses instructions techniques, ainsi qu'un volet formation et un volet de « mobilisation des investisseurs publics », à travers la « formation et l'identification de chantiers emblématiques »¹.

Mais, tout d'abord, quelles sont les avancées du chantier législatif, corrigées de la censure partielle du Conseil constitutionnel ?

L'ambition du projet de loi était de poursuivre trois objectifs majeurs, élargir les conditions de recours au contrat de partenariat, compléter la mise en œuvre du principe de neutralité entre contrats de la commande publique, apporter les aménagements techniques dont la nécessité avait été révélée par la pratique.

I. Un recours facilité aux contrats de partenariat

L'élargissement des conditions de recours aux contrats de partenariat est opéré dans trois dimensions : création

d'un nouveau critère d'éligibilité, ouverture du contrat à une nouvelle procédure et à de nouveaux acteurs.

A. Le(s) nouveau(x) critère(s) d'éligibilité

On le sait, l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ne prévoyait dans sa version originale que deux critères d'éligibilité à cette nouvelle forme de contrat :

- l'urgence ;
- la complexité du projet, qui ne permet pas à la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques de répondre à son projet ou d'en établir le montage juridique ou financier.

Le critère de l'urgence nécessitait un nouvel effort de définition, les incertitudes à son égard demeurant trop importantes. Le tribunal administratif d'Orléans avait ainsi estimé, dans un jugement en date du 29 avril 2008, que la délibération autorisant le président du conseil général du Loiret à conclure un contrat de partenariat avec l'entreprise retenue pour la réalisation d'un collège à Villemandeur devait être annulée, au motif que l'urgence, critère choisi pour justifier du recours au contrat de partenariat, n'était pas caractérisée en l'espèce².

Il est vrai que l'ordonnance du 17 juin 2004 et la décision n° 2004-506 du Conseil constitutionnel laissaient une grande liberté d'appréciation au juge, même si les praticiens espéraient une autre approche du concept d'urgence

que celle retenue pour les marchés publics classiques³.

Les rédacteurs de la loi ont donc repris la définition de ce critère : « Le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ; »⁴. On notera que du fait des aléas de la navette parlementaire, la rédaction diffère pour les collectivités territoriales, le membre de phrase « *quelles que soient les causes de ce retard* » ayant disparu dans les dispositions jumelles relatives aux collectivités territoriales⁵.

Le Conseil constitutionnel évoque lui : « L'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ; ».

La loi ajoute un troisième cas de recours aux contrats de partenariat et prévoyait une

³ Rappelons que l'urgence dans le cadre du code des marchés publics est un motif d'accélération de la procédure ou d'accès à la procédure négociée, alors que c'est un critère d'éligibilité dans l'ordonnance sur les contrats de partenariat.

⁴ Nouvel article 2 de l'ordonnance.

⁵ Nouvel article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales. L'ordonnance est structurée en plusieurs titres ; le premier est applicable à l'État et ses établissements publics, le deuxième comprend les dispositions jumelles applicables aux collectivités territoriales, codifiées dans le CGCT. Le plus souvent ne seront cités que les articles relevant du titre 1^{er}.

¹ Lettre précitée du 1^{er} octobre 2008.

² BJCP n° 58, juin 2008, p. 199.

voie d'accès sectorielle ouverte pour un temps limité.

Le troisième cas de recours est celui de « l'efficience économique », dit aussi du « bilan ». Il s'agit, pour la personne publique, de démontrer que le recours au contrat de partenariat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Les éléments de comparaison sont entre autres les caractéristiques du projet, les exigences du service public, les insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables. La loi précise que : « *Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* »⁶.

Une instruction technique de la MAPPP viendra compléter ces éléments, l'évaluation préalable dans ce cas de figure suivant une logique différente de celle suivie pour les deux critères « historiques » de l'urgence et de la complexité. Dans ces deux derniers cas, en effet, il convenait dans un premier temps de démontrer l'éligibilité juridique au contrat de partenariat, puis d'exposer les raisons conduisant au choix du contrat de partenariat à l'issue d'une étude comparative des divers modes contractuels de la commande publique applicables au projet. À l'inverse, l'évaluation préalable concluant au bilan favorable démontrera l'éligibilité juridique à l'issue de l'étude comparative.

La voie d'accès sectorielle concernait les secteurs de l'action publique qui présentent un besoin urgent d'investissement : enseignement, recherche, sécurité, santé, transports... Les besoins de ces domaines listés étaient légalement présumés présenter un caractère d'urgence.

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions dans sa décision n° 2008-567 du 24 juillet 2008. La motivation du Conseil interpelle : « *Considérant qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées du III des articles 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent de garanties légales les exi-*

gences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁷. Sachant qu'une bonne partie des secteurs cités reprend des secteurs déjà couverts par des dispositifs dérogatoires du « *droit commun de la commande publique* »⁸ on peut s'interroger sur la constitutionnalité de ces dispositifs dérogatoires qui ne prévoient aucun critère d'éligibilité pour les projets⁹. Autrement dit, on ne voit pas quelle différence de nature il y a entre ces dispositions censurées et celles qui n'avaient donné lieu à aucune objection de la part du Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002 sur la LOPSI et 2002-461 DC du 29 août 2002 sur la LOPJ.

B. L'ouverture aux petits contrats

La spécificité des contrats globaux, pour lesquels les résultats en termes de maintenance et d'exploitation d'infrastructures sont intimement liés à leur conception initiale, n'est pas utile seulement pour les contrats de grande taille. Certains contrats de taille modeste peuvent également trouver avantage dans la formule. C'est notamment le cas des contrats de rénovation d'installations existantes ou des contrats de performance énergétique. Ces derniers contrats répondent d'ailleurs aux orientations décidées dans le cadre du « Grenelle de l'environnement ». Il est donc apparu utile de permettre aux personnes publiques de recourir à une procédure moins coûteuse qu'un dialogue compétitif pour ces contrats-là.

Le projet de loi prévoit une procédure négociée pour ces contrats d'un montant modeste¹⁰. Il est ainsi prévu une dérogation au recours aux procédures d'appel d'offres ou de dialogue compétitif pour des contrats dont le montant sera inférieur à un seuil fixé par décret à venir. Ce seuil devrait a priori être celui qui s'ap-

plique aux marchés de travaux dans la réglementation communautaire, soit 5 150 000 € HT à ce jour. La procédure à mettre en œuvre sera librement déterminée par la personne publique, sous réserve du respect des dispositions, pour l'État et ses établissements publics, des articles 3, 4, 6, 8, 9, 10 et 12.

C. L'ouverture à de nouveaux acteurs

Les contrats de partenariat n'étaient ouverts jusqu'à présent qu'à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, aux établissements de santé et aux groupements d'intérêt public (GIP). Là encore il a été décidé d'élargir le nombre d'entités susceptibles de recourir à cet outil.

Les nouveaux articles 19 et 25 de l'ordonnance prévoient donc que le régime du contrat de partenariat, sous réserve de quelques aménagements, est applicable aux « *organismes de droit privé ou public mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale* » ainsi qu'aux pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de la même ordonnance.

II. Assurer la neutralité des dispositifs fiscaux, des dispositifs assurantiels et des règles de subvention entre les contrats de la commande publique

Actuellement, les règles de fiscalité et d'assurance, en matière de construction, diffèrent selon que la maîtrise d'ouvrage est assurée par une personne publique ou une personne privée. Les contrats de partenariat, pour lesquels la maîtrise d'ouvrage est privée, sont désavantagés par rapport aux autres outils de la commande publique, alors, qu'*in fine*, c'est toujours la personne publique qui en supporte le coût, quel que soit l'outil utilisé. Juridiquement, le schéma est souvent bâti de la façon suivante : le principe de l'impôt ou de la taxe est posé dans un premier temps, puis vient une exception en faveur des ouvrages affectés au service public et dont la personne publique est maître d'ouvrage. Afin de rétablir

⁶ Article 2 de l'ordonnance.

⁷ Considérant n° 14 de la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008.

⁸ Dispositifs dits « LOPSI », « LOPJ » pour les lois d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure et de la justice, baux emphytéotiques hospitaliers...

⁹ Et pas même d'obligation d'établir une évaluation préalable pour les dispositifs LOPSI et LOPJ.

¹⁰ Articles 5 et 7 de l'ordonnance, pour l'État.

¹¹ Article L. 122-2 du code de l'urbanisme.

l'équité, ou la neutralité fiscale, le législateur a entrepris de mettre à jour tous les textes concernés du code de l'urbanisme et du code général des impôts afin d'ajouter comme hypothèse d'exonération la situation dans laquelle la personne publique n'est pas maître de l'ouvrage. La neutralité était déjà effective pour la taxe foncière sur les propriétés bâties. La loi du 28 juillet 2008 a poursuivi cette mise à jour pour les textes de rang législatif.

Pour les taxes d'urbanisme, cela consiste en une extension de l'exonération de versement pour dépassement du plafond légal de densité ¹¹ et de la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en région Ile-de-France ¹². Un décret est en cours de signature afin d'étendre cette neutralité à la taxe locale d'équipement, la taxe pour le financement des dépenses des conseils d'architecture, d'urbanisme et d'environnement et la taxe départementale des espaces naturels sensibles.

S'agissant du code général des impôts, la loi harmonise les conditions de la fiscalité sur la publicité foncière, qui assure vis à vis des tiers la publicité de droits immobiliers, qu'il s'agisse de la cession de droits ou de la constitution de droits réels ou charges sur la propriété. Désormais ¹³, la publication des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives d'un droit réel immobilier consenties par l'État ou une collectivité territoriale, dans le cadre d'un contrat de partenariat, d'un bail emphytéotique administratif ou d'un bail emphytéotique hospitalier, est soumise à un droit fixe de 125 €.

L'article 39 *quinquies* I du code général des impôts est lui complété par des dispositions permettant à des entreprises titulaires d'un contrat de partenariat de constituer une provision en franchise d'impôt lorsqu'elles procèdent à une cession de créance détenue sur la personne publique.

La volonté d'assurer la neutralité de l'environnement juridique applicable aux contrats de commande publique s'est étendue jusqu'au régime des subventions. L'article 25-1 de la loi pose en effet le principe que les projets réalisés sous

le régime du contrat de partenariat sont éligibles aux mêmes subventions que lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP »). La formulation et la justification de cet article peuvent sembler curieuses, aucun texte législatif ou réglementaire n'empêchant, à notre connaissance, le versement d'une subvention publique pour la réalisation d'un projet réalisé en contrat de partenariat. Les seules contradictions de texte que l'on a pu rencontrer figuraient en réalité dans les règlements internes des collectivités souhaitant subventionner un projet, ces règlements prévoyant le plus souvent par commodité un versement de la subvention à la personne publique là encore « maître de l'ouvrage ». De fait, le transfert de maîtrise d'ouvrage de la personne publique à la personne privée n'a pas fini de troubler les habitudes administratives. Il est à espérer que cette disposition législative suffira à vaincre les dernières réticences.

Toujours dans le même souci de rétablir la neutralité entre la construction d'un ouvrage ou équipement par une personne publique maître d'ouvrage ou par une personne privée pour le compte d'une personne publique, l'article 45 de la loi modifie l'article L. 242-1 du code des assurances afin d'étendre les exceptions en matière d'obligation d'assurance dommage-ouvrage.

Cette assurance était à l'origine obligatoire pour tous les maîtres d'ouvrage et destinée à l'indemnisation immédiate des dommages causés par les constructeurs avant même toute recherche de responsabilité. Le coût de cette assurance (estimé généralement entre 1 et 2 % du coût de l'ouvrage) a conduit à prévoir une dispense pour les personnes publiques maîtres de l'ouvrage. L'Administration souhaitait donc étendre cette dispense à la situation des personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat, faute de quoi le partenaire privé facturerait à la personne publique le coût de cette assurance. Les parlementaires n'ont toutefois pas souhaité pousser la logique de la neutralité jusqu'à son terme et la possibilité de dispense d'assurance dommage-ouvrage n'a pas été étendue aux collectivités territoriales, et

sera réservée à l'État et à ses établissements publics.

Une neutralité effective suppose également de permettre l'accès à toutes les ressources de financement. C'est dans ce sens que les dispositions de l'article 44 de la loi modifient la loi du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie afin de permettre le financement des contrats de partenariat par les « Sofergie ».

Enfin, une mesure permet à l'inverse de rétablir la neutralité entre le bail emphytéotique et le contrat de partenariat. Il s'agit, par la création d'un nouvel article L. 1615-13 dans le code général des collectivités territoriales, de permettre aux collectivités territoriales d'accéder au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) lorsqu'elles recourent au bail emphytéotique administratif (BEA). Symétriquement aux dispositions applicables aux contrats de partenariat, l'accès au FCTVA sera limité à la part de la rémunération correspondante à l'investissement et sous réserve que le recours au bail ait fait l'objet d'une évaluation préalable. Par ailleurs cette possibilité d'accès au FCTVA sera limitée aux baux d'un montant inférieur à un seuil qui sera fixé par décret (qui devrait être de 10 millions d'euros). En pratique, ce seuil devrait rapidement devenir la ligne de partage pour les collectivités territoriales entre BEA et contrats de partenariat.

III. Assurer la sécurisation du recours au contrat de partenariat par des précisions techniques sur son régime juridique

Les retours d'expérience accumulés à la MAPPP ont permis d'identifier des aménagements techniques nécessaires dans la rédaction de certaines dispositions de l'ordonnance.

L'article premier de la loi comprend plusieurs de ces aménagements.

En premier lieu, il est précisé que le partenaire privé, qui assure la maîtrise d'ouvrage, « peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à exécution de sa mission ». Les contrats concernés sont avant tout les contrats de maîtrise d'œuvre, lorsque la personne publique a

¹² Article L. 520-7 du code de l'urbanisme.

¹³ Article 37 de la loi du 28 juillet 2008.

recours à la procédure du concours préalable au lancement d'un contrat de partenariat. L'élément le plus important dans cette disposition est la nécessité de l'accord du premier contractant de l'Administration. On profitera de cette occasion pour rappeler à quel point il est important, lorsque la personne publique ne souhaite pas confier la conception d'un ouvrage ou équipement à un partenaire privé, de bien planifier l'ensemble de l'opération, et notamment de préciser dès le lancement du concours de maîtrise d'œuvre que le contrat sera ultérieurement cédé au partenaire privé et qu'il ne comportera pas toute l'étendue des missions classiques. À défaut, l'Administration sera en position de faiblesse pour renégocier le contrat de maîtrise d'œuvre.

Une disposition prévoit également la possibilité de prévoir un mandat « *de la personne publique au contractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'usager final des prestations revenant à cette dernière* ». L'origine de cette modification est tout simplement de prendre en compte les cas de figure dans lesquels une prestation de services donnée fait traditionnellement l'objet d'un paiement par l'usager, comme celui de la restauration. Lorsque le contrat porte sur une multiplicité de services, il serait dommage de ne pas confier au partenaire privé l'une de ces prestations, au seul motif qu'elle ne ferait pas l'objet d'un paiement par la personne publique (en effet, faire rémunérer cette prestation directement par la personne publique aboutirait à majorer son coût d'une taxe sur la valeur ajoutée au taux de 19,6 %, alors que dans certains cas, cette prestation est soumise à un taux réduit). À cette explication pratique s'ajoute une nécessité juridique puisque le Conseil d'État exige un fondement législatif pour autoriser le mandat de perception de recettes ¹⁴.

Au même article, une disposition n'aurait pas dû poser plus de problèmes : il s'agissait de prévoir la situation d'une multiplicité de personnes publiques compétentes sur un même contrat. Sur le modèle de ce qui est prévu dans la loi « MOP » ¹⁵, il était envisagé de permettre aux collectivités de désigner par convention la collectivité chargée

de conduire la procédure. Un excès d'enthousiasme des rédacteurs a conduit en cours d'élaboration du texte à permettre à la collectivité chef de file de signer le contrat de partenariat pour les autres et à ajouter que la convention préciserait les conditions de transfert de compétences et en fixerait le terme, ce qui a fait l'objet de la censure du Conseil constitutionnel. L'essentiel a toutefois été préservé.

Certaines de ces précisions techniques n'appellent pas de grand commentaire. Ainsi, l'article 4 met à jour les interdictions de soumissionner, calquées sur les interdictions applicables dans le cadre du code des marchés publics. L'article 7 précise que l'offre finale remise à l'issue d'un dialogue compétitif peut faire l'objet de demande de compléments ou de perfectionnements de la part de la personne publique, sous réserve de ne pas fausser la concurrence, ce qui était prévu dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. L'article 9 de l'ordonnance et l'article L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales prévoient une obligation de transmission des contrats après signature à l'autorité administrative (soit la MAPPP pour les contrats hors de la compétence du ministre de la Défense). L'État devra désormais se voir adresser un rapport annuel par le titulaire du contrat, à l'exemple des collectivités territoriales qui auront l'obligation d'organiser un débat à cette occasion sur l'exécution du contrat ¹⁶.

D'autres dispositions ont fait l'objet de débats bien plus importants.

Il a tout d'abord été procédé à ce qu'il a été convenu d'appeler le « verdissement » du contrat de partenariat. Ainsi, la notion de développement durable est devenue le leitmotiv de l'ordonnance. On la retrouve au stade de l'analyse comparative de l'évaluation préalable ¹⁷, comme exemple d'objectif de performance, qui est un des critères d'attribution obligatoires ¹⁸ et enfin, comme objectif de performance devant faire l'objet d'un contrôle obligatoire par la personne publique pendant l'exécution du contrat.

Les parlementaires ont ensuite été convaincus de la nécessité de verser une prime aux candidats malheureux au dialogue compétitif. Entre le principe de réalité qui impose de rembourser au moins forai-

tairement les candidats méritants de leurs frais de participation au dialogue et la volonté de ne pas créer un marché de « chasseur de primes », le compromis s'est cristallisé sous la formulation suivante : « *Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée* » ¹⁹. Cette prime ne sera allouée que pour les « *offres les mieux classées* » et doit avoir été prévue dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou le règlement de la consultation.

Un amendement parlementaire est à l'origine des dispositions nouvelles du dernier paragraphe de l'article 10 de l'ordonnance, qui crée la possibilité de verser une prime forfaitaire lorsque la personne publique a bénéficié d'une « idée innovante » qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat. Il faut bien admettre que si l'esprit est louable (la protection des innovations apportées par le secteur privé), la mise en œuvre de la loi risque sur ce point d'être délicate faute de précision sur la notion d'idée « innovante » puisque le dit article 10 autorise les entreprises et groupements d'entreprise à saisir la personne publique de tout projet.

Le d) de l'article 12 de l'ordonnance procède à une définition des coûts d'investissement, qui « *comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires* ». Ces précisions ne sont pas anodines. Une des clauses obligatoires du contrat de partenariat comprend la distinction au sein de la rémunération du partenaire privé entre les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement. La part de la rémunération afférente à l'investissement est celle qui ouvre droit au paiement du fonds de compensation de la TVA et entre en compte dans la définition de l'assiette de la créance qui peut être cédée dans le cadre d'un contrat de partenariat (voir ci-après).

Les nouvelles dispositions du f) de l'article 11 de l'ordonnance prévoient la possibilité d'un cautionnement de la part du titulaire du contrat au bénéfice et à la demande de « *tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat* ». Ce

cautionnement était jusqu'alors obligatoire. Enfin, les prestations effectuées par ces prestataires devront être payées dans un « *délai fixé par voie réglementaire* » qui devrait être équivalent à celui exigé pour les personnes publiques pour des prestations effectuées dans le cadre du code des marchés publics.

Les discussions sur la valorisation du domaine privé de l'État ont également été intenses, que ce soit au sein de l'Administration, devant le Conseil d'État ou au Parlement. On rappellera que dans la première version de l'ordonnance, la possibilité d'une exploitation alternative des ouvrages ou équipements nécessaires au service public était mentionnée dans le texte (hypothèse de la location d'un amphithéâtre en dehors des heures de cours). Des esprits chagrins en ont conclu *a contrario* que la valorisation du domaine privé des personnes publiques, non utile à l'exploitation du service public, était interdite dans le cadre du contrat de partenariat puisque non expressément autorisée dans l'ordonnance. Il est vrai qu'en matière de commande publique, le vieux principe suivant lequel ce qui n'est pas interdit est autorisé, a tendance à être inversé. On pourrait facilement ironiser sur l'inutilité de rappeler dans la loi, le principe de liberté d'administration du domaine privé des personnes publiques, réaffirmé avec limpidité à l'article L. 2221-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « [...] *les personnes publiques... gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* ».

Ceci étant, certaines dispositions complémentaires exigeaient bien l'onction législative. Dans un premier temps, lorsque le titulaire est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière peut procéder à une délimitation « *des biens appartenant au domaine public* »²⁰. Dans un second temps, et là des dispositions législatives étaient nécessaires, la loi autorise le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé pour les biens qui appartiennent au domaine privé de la personne publique et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée, alors qu'il n'est, par définition, pas propriétaire du domaine concerné. Le Parlement a

même décidé que ces baux ou droits pouvaient être consentis pour une durée excédant celle du contrat, « *avec l'accord de la personne publique* ». Ce dernier élément n'allait pas de soi et a d'ailleurs fait l'objet d'un moyen d'inconstitutionnalité dans le recours déposé par des membres de l'Assemblée nationale déférant la loi sur les contrats de partenariat devant le Conseil constitutionnel. Plus précisément, il était reproché au texte de porter atteinte à la propriété publique car le texte ne prévoyait aucune contrepartie pour cette durée d'exploitation excédentaire. Dans sa décision du 24 juillet précitée, le Conseil a rejeté cette démonstration en rappelant que les recettes annexes ne sont pas « *dépouillées de contrepartie appropriée* » puisqu'elles viennent, aux termes de l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales, « *diminuer le montant de la rémunération versée par la personne publique* ». Le Conseil conclut sa démonstration par l'affirmation que les baux et droits réels consentis au-delà de la durée du contrat seront à son issue « *transférés à la personne publique* ». Cela semble logique, même s'il était imaginable que baux et droits perdurent entre l'ex-titulaire du contrat et la tierce personne, l'exigence du partage des revenus annexes étant maintenue. On relèvera à ce stade une nouvelle divergence d'écriture entre les dispositions applicables à l'État et celles applicables aux collectivités territoriales. En effet, le fait que les revenus annexes viennent diminuer le montant de la rémunération due par la personne publique n'est pas expressément prévu par les dispositions de l'article 13 de la loi. Mais cette possibilité peut s'inférer de la lecture du d) de l'article 11 de l'ordonnance.

L'ordonnance du 17 juin 2004 avait créé dans le code monétaire et financier un dispositif de cession de créances spécifique aux contrats de partenariat²¹, aux côtés du dispositif de cession de créances classique, dit « *cession Dailly* ».

Ce dispositif subissait deux critiques contradictoires : pour les uns, sa limitation à « *une fraction du coût des investissements* » était trop réductrice, puisqu'excluant de son assiette les coûts de financement et de fonctionnement. Pour les autres, ce dispositif était un leurre puisque

contourné par les financeurs du projet qui complétaient le dispositif par une « *cession Dailly* », ce qui avait pour conséquence que la rémunération du partenaire privé n'avait plus aucune part de risque dans certains montages financiers.

Le compromis trouvé a donc consisté en l'institution d'un régime de droit commun de cession de créances pour le contrat de partenariat, tout en élargissant son assiette avec un taux maximal de créance cessible.

Il s'agit donc désormais d'une « *fraction, n'excédant pas 80 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissement... et des coûts de financement* ».

Le chantier législatif a donc été conséquent, et les effets de la décision du Conseil constitutionnel finalement limités. Il reste désormais à compléter le dispositif par des textes réglementaire et des instructions de mise en œuvre.

Ils auront pour objectif l'achèvement du processus de neutralité entre contrats de la commande publique, notamment en matière fiscale.

Ils concerneront également les dispositifs d'application des dispositions législatives tels que la détermination des contenus des rapports annuels sur l'exécution des contrats de partenariat pour l'État ou pour les collectivités territoriales, la fixation de divers seuils (procédure négociée, accès au FCTVA par le biais des BEA, AOT de l'État constitutives de droit réel, soumises à évaluation préalable), et diverses instructions sur, par exemple, la méthodologie de l'évaluation préalable à suivre par une collectivité territoriale avant de conclure un contrat de partenariat. ■

III. Une réforme inachevée ?

Malgré les efforts accomplis, certaines difficultés demeurent. Encore faut-il distinguer entre apparence et réalité :

A. Une apparence : l'élargissement contrarié des conditions de recours au CP

On a rappelé précédemment que, du fait de la multiplication des dérogations à la condition d'urgence, l'élargissement du recours au CP envisagé par le texte issu du débat parlementaire s'est heurté au Conseil constitutionnel qui a rappelé avec force sa jurisprudence antérieure sur le caractère dérogatoire du CP dans les termes suivants : « Considérant qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées (...) ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics » (Cons. const., 24 juill. 2008, n°2008-567 DC, considérant 14). Cette disposition avait, d'ailleurs, fait l'objet d'une appréciation négative du Conseil d'Etat dans son rapport annuel pour 2008 qui dénonçait « des dérogations qui pourraient être nuisibles à la pérennité de ce contrat si elles étaient utilisées de manière systématique, par exemple pour des travaux de faible montant pour lesquels il n'est pas approprié » (Conseil d'Etat, Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes, EDCE 2008, p. 258).

Cette censure a cependant des conséquences plus limitées que l'on pourrait le croire en première analyse.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les assouplissements notables apportés à la définition de la condition d'urgence, et notamment le fait que l'éventuelle impéritie de la collectivité – responsable de la situation d'urgence – est, en réalité, sans incidence sur l'appréciation de cette condition.

Ensuite – et surtout –, la nouvelle condition – reprenant le critère de la « best value for money » – est rédigée dans des termes tellement généraux qu'elle devrait être assez facilement satisfaite, pour autant qu'elle s'appuie sur une évaluation préalable suffisamment détaillée. Autrement dit la censure intervenue se révélera sans doute bien plus gênante en apparence qu'elle ne le sera en réalité si l'on fait preuve d'un peu d'habileté.

B. Une réalité : des difficultés qui persistent

La réforme laisse entières certaines questions, qu'il s'agisse notamment du nombre d'instruments contractuels concurrents disponibles ou des critères de distinction entre les différents montages contractuels.

-Une simplification qui laisse de côté les PPP sectoriels.

Si la réforme a simplifié certains aspects de la procédure de passation du CP, elle n'a pas donné lieu à une refonte des procédures que de nombreux auteurs appellent de leurs

vœux. Compte tenu des améliorations apportées au CP et de la convergence entre les montages sectoriels (BEH, AOT/LOA) et les CP, on peut s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à laisser en l'état des montages sectoriels redondants avec le CP. Dans son rapport annuel pour 2008, le Conseil d'Etat avait, d'ailleurs, invité le Gouvernement à simplifier et clarifier les différents contrats publics dans un Code de la commande publique pour réduire l'insécurité juridique liée à la complexité de ces montages (Conseil d'Etat, précité, p.254).

-Une frontière avec les DSP qui reste à clarifier.

Au-delà de l'absence de simplification des montages contractuels, le texte laisse subsister certaines ambiguïtés qu'il reviendra au Juge administratif de lever ultérieurement, maintenant dans l'immédiat les acteurs du marché dans une certaine insécurité juridique.

La principale difficulté est l'absence de clarification entre DLP et CP. L'avant-projet rendu public à la fin 2007 avait tenté d'apporter une solution en créant une procédure commune de passation permettant à la collectivité, à l'issue du dialogue, de choisir entre la DSP et le CP. Cette mesure, qui soulevait sans doute autant d'interrogations qu'elle devait en résoudre, n'a pas été reprise dans la version finale du projet. Pour autant, la difficulté demeure, en particulier lorsque la collectivité entend faire porter sur le titulaire du CP tout ou partie du risque commercial lié à l'exploitation du projet.

Certes, il est bien précisé que les recettes annexes sont obtenues « à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique », mais, en l'état, le texte ne permet pas davantage de fixer des critères de distinction cohérents avec ceux de la loi n°200-1168 du 11 décembre 2001 dite « MURCEF » qui définit les délégations de service public. Faute de précision législative, le Juge administratif devra donc les définir et statuer sur les conséquences d'une éventuelle requalification d'un contrat. La sécurité juridique n'y trouvera pas son compte dans l'immédiat.

- Une transparence qui gagnerait encore à être renforcée.

D'autres mesures –un temps envisagées- visant à accroître la transparence de la procédure n'ont pas été retenues. Ainsi en est-il, par exemple, de la publicité obligatoire des évaluations préalables avant le lancement du dialogue compétitif, afin de placer tous les candidats au même niveau d'information utile, l'expérience récente révélant parfois une porosité fâcheusement sélective.

En définitive – et pour l'essentiel-, c'est au Juge administratif qu'il reviendra de clarifier certains éléments du régimes des CP qui ne l'auront pas été par la réforme. Toutefois, la loi du 28 juillet 2008 révèle une démarche profondément novatrice de production de la norme juridique consistant à examiner de manière périodique l'efficacité d'un texte, au regard de la pratique et des attentes de ceux et celles qui y ont recours afin d'apporter des améliorations ponctuelles. Cette démarche critique et participative ne nuit pas pour autant à la nécessaire stabilité de la règle de droit si elle est minutieusement préparée et correctement mise en œuvre.

Bibliographie sommaire

- ✓ X.Besançon et M.Fornacciari, Le contrat de partenariat et la collectivité territoriale, Le Moniteur, 18/03/2005, cahier détachable n°2
- ✓ S.Braconnier, Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalités, BJDGP n°36, p.340
- ✓ S.Braconnier, L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de service public local, Contrats et marchés publics, 5, p.40-46, 01/05/2007
- ✓ A.Brève, Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes, AJDA 2004, p.1754
- ✓ N.Chahid-Nouraiï, J-L Champy, Des contrats de partenariat plus attractifs, Allen & Overy LLP 2008
- ✓ Commissariat Général au Plan, Groupe « Racines », Partenariat public-privé et actions locales, juillet 2005
- ✓ P.Delvolvé et J-F Auby, De nouveaux contrats publics, RFDA, Décembre 2004
- ✓ L.Deruy, L'élargissement des conditions de recours aux contrats de partenariat, numéro spécial Contrats Publics n°81, octobre 2008
- ✓ L.Deruy, Le cadre juridique des PPP : bilan et réformes, Magazine des Affaires n°21, avril 2007
- ✓ L.Deruy, S. Lagumina, L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique, BJCP n°36, septembre 2004
- ✓ L.Deruy, PPP : l'ordonnance passée au crible, Les Echos, 28 juin 2004
- ✓ M.Fornacciari, Les apports de la loi du 28 juillet 2008 à la passation des contrats de partenariat, Lamy Droit Public des Affaires
- ✓ Marc GHEZA, « Le contrat de partenariat : état des lieux et perspectives », Petites Affiches n°172, 27 août 2008
- ✓ I.Hazar et J-F Ducoing, grands projets ferroviaires : nouveaux contrats, nouveaux acteurs, BJDGP, n°51, p.89-96, 01/04/2007
- ✓ F.Lichère, Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé ?, AJDA 2008, p.123
- ✓ F.Lichère, La réforme des partenariats public-privé, Contrats et marchés publics, octobre 2008
- ✓ P.Lignièrès, La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat, Contrats et marchés publics, 2005, prat.10
- ✓ C.Martinand, Réponses aux contempteurs du PPP et aux objecteurs de croissance, le 2 janvier 2008
- ✓ L.Richer, Consolidation progressive du partenariat, AJDA 2004. 2073
- ✓ N. de Saint Pulgent, Les avancées de la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat, BJCP n°60, octobre 2008
- ✓ C.Salque, Les contrats de partenariat public-privé : une innovation utile pour financer les projets ferroviaires ?, Contrats et marchés publics, 2007, étude 2
- ✓ N.Symchowicz, Pour un Code des contrats de la commande publique, Contrats et Marchés publics n°4, avril 2007, étude 4
- ✓ Tardivel, La place des contrats de partenariat dans l'ordre des contrats publics, Contrats publics, Mélanges Guibal, 2006, p.847
- ✓ P.Terneyre, Contrats de partenariat : le Conseil constitutionnel persiste et signe, BJCP n°60, octobre 2008
- ✓ P.Vandevorde, Le partage public-privé dans le financement des infrastructures et des équipements urbains, Revue d'économie financière, n°86, p.173-186, 01/11/2006
- ✓ A. Yvrande-Billon, Les difficultés contractuelles de la délégation de services publics, Ecoflash n°189, juin 2004

2/ TABLE RONDE N°2 :

Les critères de choix du type de contrat : cas pratiques et retours d'expérience

2-1/ Introduction du thème de la table ronde

L'objet de la deuxième table ronde est d'aborder plus en détail la question du choix du type de contrat (marché public, PPP, DSP) sous un angle pratique.

Elle aura pour objet de débattre principalement sur :

- ✓ L'attractivité propre à chaque formule contractuelle
- ✓ La formation des décideurs
- ✓ L'intégration des contrats de partenariat dans la pratique de la commande publique française
- ✓ Le rôle des investisseurs dans l'amélioration des offres en matière de PPP

2- 2/ Présentation des intervenants

Présidence :

Noël DE SAINT-PULGENT



Président de la Mission d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat (MAPPP)

Ancien élève de l'Ecole polytechnique, ingénieur des ponts et chaussées, diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris, Noël de Saint Pulgent est inspecteur général des Finances.

Président de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) depuis 2005, Noël de Saint Pulgent est également président de l'Institut national de la consommation depuis 2004, président de la Mission interministérielle « France achats », administrateur de l'UGAP depuis 2004, administrateur de l'Institut de la gestion déléguée (IGD) depuis 2005, administrateur de l'Etablissement public chargé de l'aménagement de la région dite de la Défense depuis 2006 et président du groupe de travail « juridique, économique et financier » de la Commission intergouvernementale en charge du projet ferroviaire Lyon-Turin.

Intervenants :

Jean-Pierre WEISS



Directeur général de l'Agence publique pour l'immobilier de la Justice (APIJ) et de l'établissement public du Palais de justice de Paris (EPPJP)

Ancien élève de l'école polytechnique (1967) et Ingénieur général des ponts et chaussées, Jean-Pierre Weiss est directeur général de l'Agence publique pour l'immobilier de la Justice et de l'établissement public du TGI de Paris.

Après avoir été Maître d'ouvrage public des constructions hospitalières et des achats de matériels médicaux de l'Assistance publique – hôpitaux de Paris (1976-1982) et Directeur du patrimoine au ministère de la Culture (1983-1986) et après un passage dans le secteur privé en tant que président directeur général de Matra Transport et membre du comité exécutif du groupe Matra (1986-1991), Jean-Pierre Weiss a notamment été : Responsable de la création du projet d'aménagement Euroméditerranée à Marseille (1993-1995), Chargé d'une mission de préfiguration sur la politique immobilière de l'Etat au ministère de l'Economie et des Finances (1997), Directeur du cabinet du Secrétaire d'Etat au Logement Louis Besson (1997-1998), Délégué à la modernisation et à la déconcentration du ministère de l'équipement (1998-2000), Directeur du personnel, des services et de la modernisation au ministère de l'équipement (2000-2003) et Directeur général des établissements publics d'aménagement Epamarne et Epafrance (2003-2007).

Jean-Pierre Weiss est, en outre, Coordonnateur des méthodes pédagogiques de l'Ecole Nationale d'Administration, Maître de conférence en gestion publique et management à l'Ecole Nationale d'Administration et Responsable du module d'enseignement sur les performances des administrations à l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées.

Il est l'auteur de différents rapports sur la gestion publique, dont : *L'amélioration de la gestion dans les administrations de l'Etat* (2001 - Rapport au directeur général de l'administration et de la fonction publique), *Propositions pour une nouvelle politique immobilière de l'Etat* (1997 - Rapport au ministre de l'économie et des finances), *La stratégie d'évolution des activités de constructions publiques au ministère de l'équipement* (1994).

Marc FORNACCIARI**Avocat - Cabinet Salans**

Agrégé d'allemand, Marc Fornacciari est ancien élève de l'Ecole normale supérieure et de l'Ecole nationale d'administration. Il a été auditeur puis maître des requêtes au Conseil d'Etat de 1982 à 1991. Il a exercé ensuite de nombreuses fonctions au sein du groupe Suez-Lyonnaise des Eaux : directeur de la planification, de la prospective et des études économiques, directeur Europe du Sud, Afrique et Moyen-Orient et directeur délégué Europe, avant de rejoindre le groupe allemand RWE en 2002. Il est actuellement avocat associé au cabinet Salans.

Serge PIOLA**Ingénieur consultant - Cabinet CLEMENTet Associés**

Ancien élève de l'Ecole Nationale des Travaux Publics de l'Etat (promotion 1994), Serge Piola a pratiqué pendant sept ans l'exercice de la maîtrise d'ouvrage au sein d'un service de construction publique d'une Administration à l'échelon territorial.

Depuis janvier 2002, il est consultant au sein du Cabinet CLEMENT & Associés et conseille les personnes publiques pour la définition de processus opérationnels ainsi que dans le domaine de l'ingénierie administrative opérationnelle.

Il assiste de nombreuses personnes publiques dont notamment le Ministère de l'Intérieur, le Ministère de la Justice (Direction des Services Pénitentiaires), le Ministère de la Jeunesse, des Sports et de la vie Associative (INSEP), des Centres Hospitaliers et des communes pour des missions d'Assistance au Représentant du Pouvoir Adjudicateur (ARPA) relatives à des opérations de construction réalisées dans le cadre d'investissements complexes mise en œuvre sous la forme de montages classiques ou de contrats globaux.

Il a également effectué des prestations pour la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH). Il a notamment contribué à l'élaboration du guide de mise en œuvre du bail emphytéotique hospitalier et assiste les représentants des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre du pilotage de procédures du dialogue compétitif pour la réalisation d'ouvrages en Contrat de Partenariat et de Baux Emphytéotiques.

Serge PIOLA intervient régulièrement pour l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées, pour l'Ecole Nationale des Travaux Publics de l'Etat, ainsi que pour l'Université Jean Moulin Lyon III (DESS Marchés Publics).

Il anime et prépare également différentes sessions de formations (Code des marchés publics, procédure de dialogue compétitif, management de projet...) en France et à l'étranger.

Stéphane DUHR**Directeur d'Investissements - Barclays Private Equity**

Stéphane Duhr, Directeur d'Investissements, travaille chez Barclays Private Equity (BPE), dans la division infrastructure, depuis 2005, après avoir passé deux ans dans le département Stratégie de Barclays Capital à Londres, où il a aidé les responsables métiers, produits et régions de Barclays Capital à l'élaboration de leurs plans stratégiques. Il a notamment contribué à l'élaboration de la stratégie de développement de BPE.

Avant de travailler pour Barclays Capital, M. Duhr était consultant au bureau de Paris du Boston Consulting Group, où il s'est spécialisé dans les secteurs financiers et automobiles, en travaillant sur des missions de type fusions/acquisitions, business développement ou stratégie opérationnelle.

M. Duhr est ingénieur diplômé de l'Ecole Centrale Paris, possède un « Master of Science » en Finance et Economie de la London School of Economics ainsi qu'un MBA de l'INSEAD, obtenu « avec distinctions ».

« Trouble-fête » :**Christian GERMA****Directeur - Vinci Construction**

Christian Germa est directeur des partenariats public-privé chez Vinci Construction France. Ingénieur des Ponts et Chaussées, il a débuté sa carrière à la direction du Trésor au ministère des finances, au sein du bureau "logement et réseaux de collecte" où il avait en charge les questions relatives au financement du logement social et aux fonds d'épargne gérés par la Caisse des dépôts et consignations, puis au secrétariat général du comité interministériel de restructuration industrielle. Il a rejoint le groupe Vinci en 2002 et dirigé, pendant quatre ans, des chantiers de bâtiment et de travaux publics. Il se consacre depuis 2006 aux partenariats public-privé auxquels participe le groupe Vinci en France métropolitaine.

Patrick SPILLIAERT**Magistrat à la Cour des comptes et ancien Secrétaire Général de Veolia eau - Compagnie générale des eaux**

Licencié en Droit (Paris II - Assas), Lauréat de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, Ancien élève de l'Ecole Nationale d'Administration (ENA), sorti à la Cour des Comptes, Patrick SPILLIAERT fut Membre du Comité exécutif et Secrétaire Général de Veolia Eau. Il était alors notamment en charge : des contrats (membre du comité des engagements pour les engagements en France et à l'étranger) ; du juridique et du *risk management* (supervision du réseau de l'ensemble des juristes de Veolia Eau) ; du respect du *Compliance Program* au sein de Veolia Eau et de la définition de la doctrine métier applicable aux contrats et aux relations institutionnelles de Veolia Eau ; des achats ; de la préparation du Conseil de surveillance de Veolia Eau et de la participation aux conseils d'administration de ses principales filiales en France et à l'étranger.

Patrick Spilliaert est par ailleurs Membre du bureau de la Fédération Professionnelle des Entreprises de l'Eau.

Après dix années de responsabilités de direction chez Véolia-Compagnie générale des eaux, et à l'issue de sa disponibilité en février 2008, Patrick Spilliaert a choisi de réintégrer son corps d'origine : la Cour des comptes.

2-3/ Documentation

François LICHERE, « La réforme des partenariats public-privé », Contrats et Marchés publics n°10, octo bre 2008, étude 9 (extrait)

2. Le renforcement de l'attractivité des contrats de partenariat

17. - La loi prescrit un certain nombre de dispositions qui sont destinées à rendre plus attractif le recours aux contrats de partenariat. Cette attractivité s'exprime de manière positive, par un régime des contrats de partenariat plus avantageux qu'auparavant, que ce soit pour les pouvoirs adjudicateurs ou pour les entreprises. Mais elle s'exprime aussi de manière négative par une quasi-assimilation des autres formes de partenariat public-privé au régime juridique contraignant des contrats de partenariat.

A. - Un régime juridique des contrats de partenariat plus favorable pour les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises

18. - Ce régime est plus favorable que l'ancien régime juridique des contrats de partenariat au regard des possibilités accrues de recettes annexes, des nouveaux avantages fiscaux et financiers et de la protection renforcées des entreprises.

1° L'accroissement des possibilités de recettes annexes

19. - Le « nouveau » contrat de partenariat devrait être plus favorable que l'ancien en raison de l'élargissement des possibilités de recettes annexes, cette innovation étant destinée à profiter autant au partenaire qui pourra accroître ses bénéfices qu'aux pouvoirs adjudicateurs qui devraient voir le loyer à verser se réduire de manière significative, ainsi que le prévoit l'article 33 de la loi.

20. - Concrètement, la loi prévoit la possibilité pour le partenaire de consentir des baux de droit privé sur le domaine privé des personnes publiques, avec leur accord, et pour une durée qui pourra être supérieure à celle du contrat de partenariat. Le Conseil constitutionnel a encadré cette possibilité en rappelant la nécessité d'une évaluation par le service des domaines et en précisant que le contrat de bail sera transféré à la personne publique à l'issue du contrat de partenariat. La loi indique en outre que le contrat de partenariat pourra délimiter précisément les dépendances qui font parties du domaine public. Il s'agit d'une disposition intéressante qui vise à répondre aux problèmes soulevés par la domanialité publique globale qu'a pu développer la jurisprudence administrative dans des conditions très contraignantes^{Note 22}, à laquelle le Code général de la

propriété des personnes publiques n'a répondu que de manière très implicite. Cette délimitation devra toutefois respecter la consistance du domaine public artificiel, qui englobe à la fois les dépendances laissées à l'usage du public et celles qui, affectées à un service public, reçoivent un aménagement indispensable au service public^{Note 23}. Est précisé enfin le fait que le bien valorisé est étranger aux missions de service public – sous réserve de ne pas leur porter préjudice – alors que la rédaction de l'article 1er de l'ordonnance pouvait laisser supposer que les biens supports de recettes annexes devaient permettre à la personne publique de concourir à l'exercice de ses missions de service public. Il n'y a, en matière de recettes annexes, aucune limite quantitative, le Conseil constitutionnel ayant simplement indiqué que ces recettes soient répercutées sur le loyer à verser par la personne publique sans que l'on sache si la totalité des recettes annexes devra être reversée sous forme de compensations de loyer.

21. - La loi ne mentionne pas expressément la possibilité de valoriser des dépendances du domaine d'un pouvoir adjudicateur qui ne sont pas attenantes au terrain support du service public. Cette possibilité a fait l'objet de l'amendement parlementaire n°18 et les débats qui ont eu lieu à ce propos établissent clairement que les terrains objet d'une valorisation n'ont pas à être adjacents à l'ouvrage ou l'équipement public.

2° Les nouveaux avantages fiscaux et financiers

22. - La loi du 28 juillet 2008 introduit, par ailleurs, des dispositions destinées à rendre les contrats de partenariat et les contrats assimilés plus attractifs qu'auparavant sur le plan fiscal et financier.

23. - Par dérogation à l'article 742 du Code général des impôts qui prescrit une taxe sur les publicités foncières de 0,60 % pour les locations supérieures à douze ans, l'article 1048 ter du Code général des impôts se borne à prévoir la taxe forfaitaire de 125 euros mentionnée à l'article 680. De la même manière, les contrats de partenariat sont exonérés de la contribution annuelle sur les revenus retirés de la location de locaux situés dans des immeubles achevés depuis quinze ans prévue à l'article 234 nonies du Code général des impôts. La transmission de fonds de commerce ou de clientèles ou de biens immeubles est exonérée de tout impôt pour les contrats de partenariat et contrats assimilés visés à l'article 1048 ter du Code général des impôts. La loi exonère aussi les constructions « destinées

à appartenir » aux personnes publiques du paiement de la taxe pour dépassement du plafond légal de densité et de la redevance pour création de bureaux en Île-de-France.

24. - Par ailleurs, les baux emphytéotiques administratifs ouvrent désormais l'éligibilité, pour les collectivités territoriales, au fonds de compensation de la TVA, même si cette possibilité n'est ouverte que pour les baux emphytéotiques administratifs inférieurs à un certain montant fixé par décret et ayant fait l'objet d'une évaluation préalable. Enfin, les contrats de partenariat bénéficient désormais des mêmes subventions prévues lorsque la maîtrise d'ouvrage reste publique et l'assiette de la redevance sur l'archéologie préventive est la même que pour les constructions destinées à être affectées à un service public. En somme, tout se passe comme si les avantages reconnus à un maître d'ouvrage public étaient maintenus alors que c'est le partenaire qui exercera la maîtrise d'ouvrage.

25. - Cette plus grande attractivité financière et fiscale reste cependant contrebalancée par une doctrine fiscale défavorable qui impose au partenaire de facturer aux personnes publiques la TVA au taux de 19,6 % sur la partie du loyer correspondant aux frais financiers.

3° La protection des entreprises

26. - La loi introduit des dispositions destinées à protéger les entreprises ou à les récompenser de leurs innovations. Les entreprises qui proposeraient une idée innovante débouchant sur le lancement d'une procédure de contrat de partenariat pourront se voir indemnisées, sans toutefois que cette indemnisation soit systématique ni déterminée par la loi. Dans la procédure du dialogue compétitif, la loi rend en revanche obligatoire le versement de primes mais uniquement lorsque les demandes du pouvoir adjudicateur impliquent un « investissement significatif » de la part des candidats. Là encore, ni le montant ni même les conditions de détermination du montant de la prime ne sont fixés par la loi.

27. - Par ailleurs, la loi autorise la cession d'une fraction de la créance que le partenaire détient sur la personne publique, cette cession pouvant faire l'objet d'une réserve en franchise d'impôt. Le Parlement, entre autres précautions, a entendu limiter cette possibilité de cession à 80 % du montant des investissements, contrairement aux souhaits de certains parlementaires, à l'effet de maintenir la possibilité d'appliquer des sanctions financières significatives en cas de mauvaise exécution du contrat par le partenaire. Les entreprises titulaires de contrat de partenariat conclus avec l'État ou ses établissements publics sont par ailleurs désormais dispensées de souscrire à la garantie dommage ouvrage, là encore dans un souci de réduire le coût du contrat de partenariat.

28. - Les cocontractants des partenaires se voient quant à eux garantir le paiement de leurs prestations par la possibilité qui leur est reconnue de demander au partenaire de constituer un cautionnement auprès d'un organisme financier.

B. - Une quasi-assimilation des autres formes de partenariat public-privé au régime des contrats de partenariat

29. - La loi tend à aligner le régime de la plupart des autres formes de partenariat public-privé sur le régime des contrats de partenariat. Cet alignement se traduit par un renforcement des contraintes pour la passation de ces contrats, supprimant par là même les aspects désavantageux des contrats de partenariat qui subsistaient. Mais l'assimilation n'est pas totale, ce qui favorise ici le contrat de partenariat au regard des autres formes de partenariat public-privé.

1° Une tendance à aligner les autres PPP sur le régime des contrats de partenariat

30. - Désormais, à compter du 1er janvier 2009, tout projet de bail présenté par l'État ou par un établissement public de l'État conclu dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public, défini à l'article L. 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques (pour les besoins de la justice, de la police de la gendarmerie ou de la défense), dont le loyer est supérieur à un montant fixé par décret en Conseil d'État, est soumis à la réalisation d'une évaluation préalable. Si la loi renvoie à l'article 2 de l'ordonnance, elle n'envisage la possibilité de recourir à cette autorisation d'occupation temporaire assortie d'une location avec option d'achat (AOT – LOA) qu'en cas de bilan plus favorable.

31. - Il a été vu que l'évaluation préalable est également prévue pour les baux emphytéotiques administratifs si les collectivités territoriales veulent pouvoir bénéficier du fonds de compensation de la TVA, ce qui revient en pratique à rendre cette évaluation obligatoire. Le législateur n'a pas étendu en revanche cette obligation d'évaluation au cas où les collectivités territoriales envisagent de recourir à l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels (CGPPP, art. 2122-20), mais il est vrai que le fait que les avantages fiscaux prévus par le CGI pour les partenariats public-privé ne s'appliquent pas dans cette hypothèse rend cette formule moins intéressante pour les collectivités territoriales. Il est en revanche surprenant que la loi n'ait pas imposé cette évaluation pour les baux emphytéotiques hospitaliers de l'article L. 6148-2 du Code de la santé publique. Ayant été introduit par l'ordonnance du 4 septembre 2003^{Note 24} prise en application de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003^{Note 25}, on peut néanmoins estimer que la réserve d'interprétation issue de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 impose qu'il y ait au moins un motif d'intérêt général justifiant le recours à ce bail. En pratique, la création d'une mission d'appui dans le secteur hospitalier par un arrêté du 27 mars 2003 se traduit par une telle évaluation, ce que confirme un arrêté du 17 novembre 2006.

32. - De la même manière que pour les contrats de partenariat, la loi oblige désormais, pour les baux emphytéotiques administratifs qui donnent lieu à rémunération par la personne publique, à distinguer entre coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement.

2° Une assimilation incomplète qui favorise en général les contrats de partenariat

33. - Tout d'abord, les contrats globaux mis en place par les lois des 29 août 2002, 9 septembre 2002, 27 janvier 2003 et 18 mars 2003 précitées ne sont pas textuellement concernés par l'obligation d'évaluation préalable, tout comme les autorisations d'occupation temporaire des collectivités territoriales^{Note 26}.

34. - Mais, en sens inverse, parmi les autres formes de partenariat public-privé comme les autorisations d'occupation temporaire assorties d'une location avec option d'achat, baux emphytéotiques administratifs ou baux emphytéotiques hospitaliers, toutes ne se voient pas reconnaître les mêmes avantages que les contrats de partenariat. Si la neutralité fiscale est à peu près assurée^{Note 27}, il n'en va pas de même d'autres règles de faveur qui ne concernent que les contrats de partenariat ou que les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques hospitaliers. Sans être exhaustif, on remarquera que la possibilité de cession de créance n'est ouverte que pour les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques hospitaliers ou encore que seuls les contrats de partenariat peuvent être le support de financement de matériels destinés à favoriser les économies d'énergie.

35. - L'incomplétude de l'assimilation fait donc pencher la balance en faveur des contrats de partenariat au détriment des autres formes de partenariat public-privé.^{Note 28}

La lettre d'information MINEFI COLLECTIVITES LOCALES, « Contrat de partenariat public-privé : l'expérience de la ville de Rouen »

Un contrat de partenariat pour remettre à niveau l'éclairage public ? L'idée peut paraître, a priori, assez loin des notions d'urgence et de complexité définies par l'ordonnance du 17 juin 2004, qui ouvre aux collectivités locales la possibilité de conclure ce type de contrat. C'est pourtant l'option qu'a prise la ville de Rouen, au terme d'une analyse précise de ses besoins. Témoignage de Daniel Chasles, directeur général des services, qui a piloté le projet depuis son origine.

La Lettre d'information MINEFI COLLECTIVITES LOCALES.

Quels étaient les besoins de la ville de Rouen ?

Daniel Chasles. En 2004, une étude a montré que 80% de l'éclairage public de la ville était ou allait devenir obsolète dans les cinq ans, et que notre signalisation tricolore était également dépassée dans 90% des cas. Ceci dans une ville portuaire traversée quotidiennement par plus de 6.000 poids lourds : il nous fallait réagir vite, en investissant considérablement pour la reconstruction et la maintenance à la fois du système d'éclairage public et du parc de signalisation tricolore. D'autres besoins sont ensuite venus se greffer sur ceux-là : la gestion des bornes du plateau piétonnier, la mise en place d'un PC de régulation routière et, à la marge, l'installation d'une télésurveillance. Il s'agissait, en fait, de sécuriser tous les espaces publics de Rouen.

La Lettre. Pourquoi avoir choisi le contrat de partenariat public-privé (CPPP) plutôt que la délégation de service public (DSP) ou le marché public ?

D.C. La rémunération du prestataire par l'utilisateur étant impossible, la formule de la DSP ne pouvait pas s'appliquer. Quant au marché public, il nous aurait conduit à fractionner l'investissement, avec une succession de marchés sur vingt ans. Le CPPP, lui, permet d'investir lourdement en une seule fois (près de 100 millions d'euros). L'entreprise titulaire, maître d'ouvrage sur vingt ans, fait l'avance et touche en contrepartie un loyer. Le CPPP a donc été choisi pour des raisons d'efficacité et de financement. Avec cette formule, nous y gagnons sur trois points. Grâce au matériel neuf, nous réduisons considérablement les dépenses de maintenance, donc de fonctionnement. Notre démarche s'inscrit ensuite dans une logique de développement durable, avec un gain de 30% en consommation d'énergie. Enfin, nous visons la qualité, en valorisant le patrimoine de la ville.

La Lettre. Quelles ont été les principales étapes de la procédure ?

D.C. Nous avons d'abord procédé à l'analyse préalable prévue par les textes. Il s'agit de justifier, en l'occurrence par la complexité du projet, le recours au CPPP, en démontrant que la formule est la meilleure des solutions possibles. La SCET, filiale de la Caisse des dépôts et consignations, nous a assistés dans cette étape qui a duré six mois. Est venue ensuite la définition du besoin. Cette étape a également duré six mois et a débouché sur la rédaction d'un programme fonctionnel détaillé des besoins, réalisé avec l'aide d'une assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) composée de techniciens, de financiers et de juristes. Il est essentiel de bien rédiger ce programme et de tout prévoir (descriptions techniques, performances attendues, etc.). Ensuite, nous avons mené le dialogue compétitif. Cinq candidats ont été retenus au terme de deux tours. Là encore, pour cette étape qui s'est étalée sur quatre mois, l'intervention de l'AMO est indispensable pour décrypter les offres complexes. Enfin, nous avons procédé à la mise au point du marché (deux mois) et signé en mars 2007.

La Lettre. Avez-vous sollicité un avis de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) ?

D.C. Rouen a été pionnière en matière de CPPP, ce qui a présenté des avantages mais aussi des inconvénients. Des avantages, car nous avons pu négocier des conditions favorables auprès d'entreprises innovantes souhaitant découvrir ce nouvel outil. Et des inconvénients, car nous avançons en terrain inconnu. C'est là que le rôle de la MAPPP a été déterminant : le fait d'être encouragés dans notre démarche par Bercy a mis fin à de nombreuses réticences, sur le fond mais aussi par l'affirmation d'un soutien sans faille de l'Etat. **L'avis de la MAPPP**, bien qu'informel, a été d'une grande aide au contrôle de légalité.

En amont de la procédure, nous avons aussi fait appel à un cabinet de concepteurs lumière, qui a élaboré un schéma directeur d'aménagement lumière visant à mettre en valeur le patrimoine de la ville. Ce document est composé de prescriptions techniques et qualitatives que les candidats se sont engagés à respecter.

La Lettre. Qui a suivi le projet au sein de la collectivité ?

D.C. Six personnes des services de la ville ont travaillé pendant deux ans sur le dossier, à 50% de leur temps. En tant que directeur général des services, j'ai mené le projet à son terme, accompagné d'un proche collaborateur, d'un financier, d'un juriste et de techniciens.

La Lettre. Quelles ont été les principales difficultés rencontrées ?

D.C. Tout d'abord, l'ampleur du travail à accomplir peut être, à premier abord, décourageante. Dans le cas de Rouen, tout devait être changé. La définition précise du besoin, le recensement des points lumineux (plus de 16.000), des panneaux de signalisation, etc., ont généré un travail énorme. La définition de la performance voulue n'est pas simple non plus : il faut concilier l'idéal avec ce qui est techniquement et financièrement possible. L'importance de l'investissement peut également effrayer, d'autant que l'éclairage public et la signalisation tricolore ne sont pas des projets politiquement porteurs : nous avons tendance à reculer ou à parer au plus pressé sur ce type d'investissement. Avec le CPPP, la dépense est "sanctuarisée", identifiée et irréversible. Enfin, nous n'avons pas pu éviter les oppositions idéologiques à la formule même du CPPP. On nous a reproché de vouloir privatiser un service et de nous retrouver pieds et poings liés avec une entreprise. Ceci alors que, bien avant la signature du CPPP, le service était déjà privatisé : des contrats successifs, reconduits depuis 30 ans, liaient la ville à la même entreprise. La concurrence n'était pas effective !

La Lettre. Quels enseignements tirez-vous de l'expérience ?

D.C. Si l'on devait résumer en un mot, ce serait rapidité. Une fois la préparation technique et juridique du projet terminée, et l'adhésion des opposants acquise, la mécanique du projet se met en route et le CPPP prend tout son sens. L'éclairage public va être entièrement renouvelé en huit ans, la signalisation en trois ans et le PC de régulation de la circulation sera créé en deux ans. Le CPPP accélère l'investissement et assure, par le recours à un seul intervenant, la cohérence d'ensemble du projet. Le coût pour la ville est fixé à l'avance. Chaque élément du loyer (investissement, maintenance, entretien, frais financiers) est déterminé une fois pour toutes. On évite ainsi les mauvaises surprises... L'émulation résultant de la mise en concurrence d'entreprises sur la performance a permis de faire émerger une solution technologique innovante. La gestion des points lumineux se fait à distance, par le biais d'un réseau Internet à haut débit "WIMAX" et sans fil, accessible à la population et générant de ce fait des recettes garanties reversées par le titulaire du contrat à la ville. Seul un CPPP pouvait faire émerger une offre de

service aussi inattendue.

La Lettre. Quels conseils donneriez-vous à une collectivité qui souhaiterait signer un CPPP ?

D.C. Il faut bien définir son besoin. Pour ce faire, une assistance est indispensable à toutes les phases de la procédure, de l'évaluation préalable au suivi de l'exécution. Quelle que soit sa taille, une collectivité n'est pas suffisamment outillée. Le degré de technicité (juridique, financière, etc.) est tel que le recours à un expert comme la MAPPP et à une AMO est un préalable au

succès de l'opération. Il faut, par ailleurs, avoir à l'esprit que la procédure est lourde. De l'idée du projet à la signature du contrat, vingt-sept mois se sont écoulés. Pourtant, nous n'avons pas perdu de temps, mais chaque étape prend plusieurs mois. Deux ans me paraît être un délai incompressible. Enfin, il est indispensable de mettre en place une **procédure de suivi du dispositif**. Il faut désigner une personne spécifiquement en charge du projet, qui soit le point d'entrée et de sortie unique au sein de la collectivité concernant les relations avec le prestataire et l'AMO.

A. LEMPEREUR et A. COLSON, Contractualisation et techniques de négociation : l'indispensable formation, CP-ACCP, juin 2005, n° 45, p. 41

La négociation est devenue un outil incontournable dans tous les secteurs de la vie économique et sociale. La sphère publique n'est pas à l'écart de ce mouvement, à mesure que l'essor de la contractualisation (I) met en avant la négociation dans l'action administrative (II). Désormais, la négociation représente un champ académique à part entière, où la recherche et l'échange entre praticiens affinent des techniques qui peuvent ensuite être transmises grâce à la formation (III). C'est là le moyen de diffuser une méthode de négociation au service de l'intérêt général (IV).

I. La contractualisation croissante de l'action administrative

La montée en puissance du contrat comme mode de relation entre personnes publiques, et entre personnes publiques et privées, constitue un phénomène désormais pleinement reconnu⁽⁶¹⁾. À l'acte unilatéral, qui lui permettait de manifester son autorité de façon exécutoire et bénéficiant du privilège du préalable, l'administration préfère de plus en plus souvent des procédés contractuels.

Cette évolution administrative et juridique s'inscrit dans un mouvement de société plus général que cette contribution n'a pas l'ambition de dépeindre. L'évolution des hommes et des sociétés, des cultures et des méthodes fait que contraindre est de moins en moins efficace, convaincre de plus en plus nécessaire⁽⁶²⁾. Dans le champ économique, l'intervention de l'État intègre les conséquences de la déréglementation et de la libéralisation⁽⁶³⁾. Surtout, la société contemporaine se caractérise par des inter-

actions toujours plus denses, plus rapides et plus individualisées⁽⁶⁴⁾. Pour organiser les échanges et gérer les conflits, le droit fixe un cadre et les bornes à respecter. Et à l'intérieur de ce cadre et entre ces bornes, les solutions possibles sont multiples, les combinaisons presque infinies : la négociation offre la souplesse et la réactivité nécessaires pour définir celle qui convient le mieux, à un instant précis, pour des acteurs donnés et une transaction déterminée.

C'est pourquoi se sont ajoutés aux domaines classiques dans lesquels le contrat administratif intervenait dès le XIX^e siècle (travaux publics, occupation du domaine public, exécution de services publics) des champs en nombre croissant, à commencer par l'aménagement du territoire, avec les contrats de plan État-région et la mise en œuvre négociée des schémas de services collectifs. La décentralisation ayant affirmé le principe selon lequel aucune collectivité territoriale n'est sous la tutelle d'une autre, celles-ci négocient entre elles de multiples conventions pour agencer leurs compétences respectives afin de faire face aux enjeux du territoire sur lequel elles se superposent. Le mouvement a également touché les relations entre l'administration et ses partenaires extérieurs, notamment les entreprises. Demain les partenariats public-privé, récemment remis au goût du

jour par la loi, ouvriront encore d'autres champs de négociation.

Le mouvement connaît une telle ampleur que l'on a pu s'interroger, de façon critique, sur cette nouvelle action publique qui semblait vouloir « gouverner par contrat »⁽⁶⁵⁾.

II. Le contrat, accord de volontés résultant d'une négociation

Gouverner par contrat ou, pour le dire autrement, gouverner par la négociation. En effet, cette contractualisation se traduit par une montée en puissance de la négociation dans la sphère publique. Elle redonne ainsi toute son actualité, si besoin était, à la notion de « négociations continues » exposée par Richelieu dans son *Testament politique*⁽⁶⁶⁾.

Fondamentalement différent dans son esprit et sa création de l'acte unilatéral, le contrat est un accord de volontés qui génère des droits et des devoirs pour les parties concernées. La détermination de ces droits et devoirs (leur nature, leur ampleur, leur agencement, les conditions de leur réalisation) est l'objet d'un processus négocié. Quelles que soient les formes concrètes

(61) Voir par ex. AJDA, 1990, n° 3, p. 131 et s.

(62) De la justification. Les économies de la grandeur, L. Boltanski et L. Thevenot, Gallimard, Paris, 1991.

(63) Droit public économique, J.-P. Colson, LGDJ, 3^e éd, Paris, 2001.

(64) The Consequences of Modernity, A. Giddens, Stanford University Press, Stanford, 1990.

(65) Gouverner par contrat. L'action publique en question, J.-P. Gaudin, Presses de Sciences Po, Paris, 1999.

(66) Testament politique, A. J. du Plessis, duc de Richelieu, Laffont, Paris, 1947, notamment en son chap. 6 : « Qui fait voir qu'une négociation continuelle ne contribue pas peu au bon succès des affaires ».

empruntées, il y a négociation dès lors qu'au moins deux parties recherchent ensemble une solution commune qui satisfasse mieux leurs motivations que n'y parviendraient les solutions unilatérales auxquelles ces parties pourraient, chacune, recourir de leur côté, hors table de négociation.

Dès lors que l'administration emprunte des voies négociées pour son action, il est indispensable que les personnes chargées de mettre en œuvre cette contractualisation soient formées aux techniques de négociation. En effet, bien négocier requiert une série de compétences qu'il serait candide de considérer comme innées : il faut les acquérir et s'y entraîner. Ne pas maîtriser ces techniques, s'en remettre à l'intuition, place le négociateur en situation de ne pas promouvoir au mieux l'intérêt public, de conclure des contrats sous-optimaux si l'échange d'information n'est pas correctement géré, de se trouver en porte-à-faux s'il ne mesure pas les limites de son mandat, de s'aliéner des partenaires s'il ne prend soin de la relation, d'ouvrir la voie à des contentieux si la convention fait bon marché des intérêts d'autres acteurs absents des négociations et, tout simplement, de se retrouver fort démuni face à des interlocuteurs rompus, eux, à ces techniques de négociation.

III. La formation aux techniques de négociation

Aussi est-il essentiel que les responsables chargés de négocier ces contrats acquièrent des outils. Cela concerne en priorité les personnels de direction des services de l'État, issus de l'École nationale d'administration, et ceux des collectivités locales issus de l'Institut national des études territoriales. Pour répondre à cette attente, l'ENA a introduit un enseignement spécifique sur la négociation dans l'administration, conçu et animé depuis 1997 par l'Institut de recherche et d'enseignement sur la négociation en Europe (Essec Iréné). Un séminaire d'inspiration identique a été monté par Iréné pour la Commission européenne, puisque des raisons similaires, au

niveau européen (l'essor de la contractualisation et de la négociation), soulignent la nécessité de formation adéquate pour les hauts fonctionnaires à Bruxelles.

Cet enseignement propose aux participants de bâtir sur leur propre expérience en acquérant des techniques concrètes de négociation. Il repose sur des cas pratiques spécialement développés pour le contexte administratif et sur un apport méthodologique ancré dans la tradition européenne et française de la négociation, en remontant jusqu'aux auteurs classiques comme François de Callières, lequel considérait nécessaire pour l'État « qu'il se serve de bons ouvriers qui sachent mettre en œuvre [tous les moyens] pour lui gagner les cœurs et les volontés des hommes »⁽⁶⁷⁾. L'« État-négociateur » en marche se doit d'être soutenu par des négociateurs d'État.

« Trop souvent on se croit bon
négociateur [...]. On s'en remet à
une multiplicité de comportements
évidents, fondés sur l'intuition.
Mais ces intuitions sont
souvent trompeuses. »

La structure pédagogique suit le schéma souhaitable pour toute négociation : d'abord, préparer, sur la base d'un mandat cadré ; ensuite, négocier dans les limites de son autorité ; enfin, revenir vers son mandant pour faire rapport de l'exécution du mandat. Le souci est fort de rendre compte de l'exigence de respect des rôles revenant au mandant (dépositaire de l'autorité de l'État) et au mandataire (l'agent soumis à des règles strictes). Les cas utilisés sont proches de faits réels pour être crédibles, sans toutefois que le fond ne masque les enjeux de processus que l'on veut illustrer. Les mises en situation, à 2, 3, 4 ou 6 élèves, reconstituent les différents schémas de négociation (en face à face, avec un tiers, en délégation, de conférence, etc.). Les intervenants introduisent techniques, outils ou théories de la négociation susceptibles

de répondre le mieux aux questions posées, et que les élèves pourront expérimenter lors de la simulation suivante puis dans leur vie professionnelle.

IV. Méthode de négociation

De cet enseignement, mais aussi d'autres cours de négociation assurés par les auteurs à l'université d'Harvard, à l'Essec, à l'École nationale des ponts et chaussées, ainsi que de nombreuses missions de conseil auprès d'organismes publics et d'entreprises, est né un ensemble cohérent de principes et d'outils de négociation, validés par la pratique⁽⁶⁸⁾.

Cette méthode de négociation repose sur le constat suivant. Trop souvent on se croit bon négociateur, parce que sans réflexion on passe à l'action. On s'en remet à une multiplicité de comportements évidents, fondés sur l'intuition. Mais ces intuitions sont souvent trompeuses et ces comportements, sans être secondaires, devraient être seconds ; ils devraient intervenir après l'essentiel, trop souvent oublié. L'essentiel avant l'évident : voilà notre leitmotiv. L'évident, par exemple, c'est qu'il faut parler pour se faire entendre ; mais l'essentiel, c'est d'abord d'écouter pour comprendre. Par exemple, l'État doit souvent consulter au préalable des experts avant de mettre au point les conditions d'un appel d'offres. Cette écoute préalable prépare la parole publique. L'évident, encore, c'est qu'il faudra répartir entre les négociateurs la valeur disponible, c'est-à-dire décider « qui emporte quoi » ; mais l'essentiel, c'est d'abord d'augmenter cette valeur disponible, c'est-à-dire d'imaginer des solutions créatives susceptibles d'améliorer la satisfaction globale des acteurs en présence. Par exemple, les négociations entre un conseil régional et la direction régionale de la SNCF relatives à l'établissement d'une convention sur les TER, comportent cet aspect distributif : fixer le montant de la contribution financière de la région ; mais avant de trancher cet aspect, il faut imaginer les solutions les plus créatives en fonction des besoins des populations (dessertes, fréquences, horaires, tarifs spécifiques), de la cohésion du territoire régional, du développement durable, de la qualité, des modalités de suivi, etc. Ou, de même, il est essentiel de gérer d'abord le processus avant de s'occuper du fond ; ainsi l'administration est soucieuse du cadre de la

(67) *Négociateur de plusieurs traités de paix au nom de Louis XIV*, F. de Callières publia en 1716 un des ouvrages fondateurs de la négociation : De la manière de négocier avec les souverains, édition critique établie par A. Lempereur, Droz, Genève, 2002, p. 62.

(68) *Méthode de négociation*, A. Pekar Lempereur et A. Colson, Dunod, Paris, 2004.

négociation, sachant que les contenus viendront ensuite s'y inscrire. Pour parodier Sartre, en négociation, fréquemment, l'évidence précède l'essence. C'est mettre la charrue avant les bœufs. Pour remettre l'attelage à l'endroit, la méthode aide le négociateur à cerner l'essentiel, à mieux gérer le temps et la séquence de négociation pour pouvoir mobiliser ses compétences dans le bon ordre.

En particulier, avant de négocier, il faut se préparer. Nous proposons une méthode synthétique, opérationnelle, abordant les trois dimensions clefs de toute négociation. Il faut analyser avec qui l'on négocie, intégrer l'importance de la relation, des passions, mais aussi de l'environnement complexe dans lequel la négociation opère, avec des mandats précis. Il faut aussi se préparer à ce que l'on négocie, au fond du

sujet. Autant que possible, il faut prendre conscience des motivations profondes des divers acteurs, en deçà des positions superficielles, se montrer fécond dans l'invention de solutions à la table, leur associer des critères de justification et aussi imaginer des solutions hors table, au cas où. Enfin, troisième dimension, il faut se préparer à la manière de négocier. Il faut savoir comment s'y prendre ; c'est le domaine du processus, de la communication, avec les questions à poser et les informations à donner. C'est aussi la conscience des enjeux logistiques de toute négociation.

Conclusion

Puisse cette approche, diffusée auprès d'un nombre chaque année plus important de responsables publics, contribuer à une meilleure promotion de l'intérêt général à travers les multiples conventions et contrats que l'administration négocie désormais en son sein ou avec ses partenaires. Gabriel Bonnot de Mably n'avertissait-il pas, dès 1757 : « Il est enfin assez ordinaire que les négociations réussissent mal, parce qu'on y discute les affaires sans aucune méthode. »⁽⁶⁹⁾

(69) Principes des négociations pour servir d'introduction au droit public de l'Europe, G. Bonnot de Mably (intro. et notes de M. Belissa), Kimé, Paris, 2001, p. 123.

Bibliographie sommaire

- ✓ D.Adda, Concessions, marchés publics et contrats de partenariat : choisir une procédure de dialogue pour les projets complexes, Mon.TP, 3/12/2004, p.96
- ✓ F.Boisseau, Enjeux fiscaux des contrats de partenariat, CP/ACCP, septembre 2004
- ✓ C.-H. Chenut, Les raisons de constituer un groupement d'entreprises en exécution d'un contrat de partenariat public-privé : JCP A 2006, 1176
- ✓ L.Deruy, Le succès des PPP va se jouer sur le terrain de la pratique, Magazine des anciens élèves de l'ENA : « l'ENA hors les murs », n°366, novembre 2006
- ✓ M.Fornacciari, Le montage d'un dossier de PPP, La revue du Trésor, n°3-4, mars-avril 2007
- ✓ M.Fornacciari, La sous-traitance dans les partenariats public-privé, Contrats publics n°46, juillet-août 2005
- ✓ J-Y Gacon, La pertinence et les modalités du recours au contrat de partenariat dans le domaine de l'immobilier universitaire, AJDA, 21 juillet 2008
- ✓ G.Laffoucrière, C.Weber, Les vélos en libre service : quel modèle contractuel ?, Bulletin juridique des contrats publics, 57, p. 83-91, 01/04/2008
- ✓ A.Lempereur et A. Colson, Contractualisation et techniques de négociation : l'indispensable formation, CP-ACCP, juin 2005, n° 45, p. 41.
- ✓ B. Martor et S. Thouvenot, Comment tirer partie du dialogue dans la passation du contrat de partenariat ? : Cah. dr. entr. 2006, n°4, p. 32
- ✓ B. Martor, Comment organiser le suivi et l'évolution du contrat de partenariat ? : Cah. dr. entr. 2006, n°4, p. 37
- ✓ J.-M. Peyrical, Mettre en œuvre un contrat de partenariat, Gaz. communes, 4 avril 2005, p. 60.
- ✓ T. Reynaud et J. Léraut, Pour un dialogue compétitif équitable dans la passation d'un contrat de partenariat : retour d'expérience et amorce de méthodologie : BJDCP n°47/ 2006, p. 236
- ✓ N. de Saint Pulgent, La mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : une institution au service de l'innovation, BJDCP 2006. 234

3/ TABLE RONDE N°3 :

Quels risques, pour qui ?

3-1/ Introduction thématique et présentation des intervenants

L'objet de la troisième table ronde est de faire le point sur les différents risques associés à chaque type de contrat qui réduisent leur attractivité ou leur compétitivité.

La table ronde aura pour objet de débattre principalement sur :

- ✓ La typologie des risques économiques, financiers, techniques, juridiques, politiques, sociaux
- ✓ L'analyse et le partage des risques
- ✓ La méthode particulière de l'évaluation préalable dans le contrat de partenariat
- ✓ L'appréhension des risques et la recherche d'un coût optimisé

3-2/ Présentation des intervenants

Présidence :

Claude MARTINAND



Président de l'Institut de la gestion déléguée (IGD) et Vice-président du Conseil général de l'environnement et du développement durable

Vice-président du Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable, Claude Martinand est également Président de l'Institut de la Gestion Déléguée depuis 2001.

Président de Réseau Ferré de France de 1997 à 2002 dont il est aujourd'hui Président d'honneur, il a été Directeur des affaires économiques et internationales (DAEI) au Ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme de 1989 à 1997, Directeur général de l'Institut Géographique National de 1985 à 1989, Directeur adjoint puis Directeur du Cabinet du Ministre des Transports de 1981 à 1984. Il a siégé au Conseil économique et Social de 1999 à 2004.

Claude Martinand est un ancien élève de l'Ecole Polytechnique (1964) et de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées (1969).

Il est l'auteur d'un ouvrage :

Le génie urbain – La Documentation française (1986) ;

et de divers articles sur le service public, les réseaux et les territoires :

L'avenir du transport ferroviaire – Rapport introductif au débat national – (Février 1996)

Le financement privé des équipements publics Economica (1993)

La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux – Avis présenté au CES – édition des journaux officiels (2001)

Environnement et Développement Durable. L'indispensable mobilisation des acteurs économiques et sociaux – Avis présenté au CES – éditions des journaux officiels (2003)

Intervenants :

Noël DE SAINT-PULGENT



Président de la Mission d'Appui à la réalisation des Contrats de Partenariat (MAPPP)

Ancien élève de l'Ecole polytechnique, ingénieur des ponts et chaussées, diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris, Noël de Saint Pulgent est inspecteur général des Finances.

Président de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) depuis 2005, Noël de Saint Pulgent est également président de l'Institut national de la consommation depuis 2004, président de la Mission interministérielle « France achats », administrateur de l'UGAP depuis 2004, administrateur de l'Institut de la gestion déléguée (IGD) depuis 2005, administrateur de l'Etablissement public chargé de l'aménagement de la région dite de la Défense depuis 2006 et président du groupe de travail « juridique, économique et financier » de la Commission intergouvernementale en charge du projet ferroviaire Lyon-Turin.

Pierre VAN DE VYVER



Délégué général - Institut de la gestion déléguée (IGD)

Ingénieur des Ponts et Chaussées, Pierre Van de Vyver a exercé successivement dans les services territoriaux de l'Équipement (1974) puis au Ministère de l'Intérieur (1978) et à la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes (1981) avant d'entamer une carrière à EDF l'ayant amené successivement à diriger des centrales nucléaires puis à participer aux études stratégiques. En 1994, il prend en charge le dossier de modernisation des concessions de distribution d'électricité et de celles de gaz pour le compte des autorités publiques.

Avant de rejoindre l'Institut de la Gestion déléguée en qualité de délégué général en 2001, il participe en 1999 au développement d'EDF en Italie.

Il est l'auteur de :

- *Mode d'emploi des Régies et de Concessions* - Editions Sorman 1989

- *Energie et démocratie - ouvrage collectif* - Editions Economica 1983

Il est également Membre de l' *American Nuclear Society* et de la Société Française d'Energie Nucléaire.

Gérard MAJCHERCZYK



Directeur - Eiffage Construction Services

Diplômé de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées (ENPC) et de l'Institut d'administration des entreprises (IAE), Gérard Majcherczyk a fait toute sa carrière au sein du Groupe EIFFAGE.

Il est aujourd'hui le directeur d'EIFFAGE CONSTRUCTION SERVICES.

Stéphane JULY



Directeur - Barclays Private Equity

Stéphane July a récemment rejoint BPE en qualité de Directeur, à Paris pour participer à son développement en Europe continentale et en France en particulier.

M. July était auparavant en charge du secteur des Partenariats Public-Privé en France chez Dexia, où il a conduit de nombreuses missions de conseil et d'arrangeur de financements de PPPs.

Stéphane July dispose de plus de 12 ans d'expérience dans la structuration et la mise en œuvre de financements de projets et de PPPs en Europe et à l'international. Avant BPE et Dexia, il a travaillé dans le domaine des financements de projets d'infrastructures à la Société Générale et chez PwC à Paris et passé plus de cinq ans dans le département Project Finance de la Deutsche Bank à Londres.

M. July est diplômé de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées de Paris.

« Trouble-fête » :

Brigitte LOYE DEROUBAIX



Architecte - SCP Béguin Macchini

Architecte urbaniste de l'Etat, Brigitte Loye Deroubaix a alterné une carrière publique notamment au ministère de la Culture où elle a mis en œuvre plusieurs importants concours d'architecture et une activité libérale d'architecture, d'urbanisme et de conseil en montages complexes.

Elle a été le chef de projet du projet de rénovation de l'INSEP pour le ministère des Sports et à ce titre, elle a monté le dossier de dialogue et conduit l'ensemble des négociations du contrat de partenariat de l'INSEP premier contrat signé par l'ETAT français le 22 décembre 2006.

Elle est actuellement chargée du contrat de partenariat de Sorbonne Clignancourt pour l'Université Paris 4 Sorbonne.

Brigitte Loye Deroubaix est responsable du cours « l'architecte et la commande publique » à l'Ecole Nationale d'Architecture de Paris-Belleville.

Jean-Luc CHAMPY**Avocat - Cabinet ALLEN & OVERY**

Diplômé d'un DESS de droit public économique (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) et de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (Service Public), titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, Jean-Luc Champy a exercé la profession de juriste d'entreprise à direction juridique de Cofiroute avant de rejoindre le cabinet Allen & Overy LLP d'abord en tant que juriste puis aujourd'hui comme avocat.

Dans le cadre de ses fonctions, Jean-Luc Champy intervient principalement dans le domaine des infrastructures de transport, des marchés publics et de la gestion, notamment. C'est ainsi qu'il est amené à participer à des projets de concessions d'infrastructures (autoroutes, liaisons ferroviaires, tunnels) ainsi que de PPP tels que :

- prisons (lots 1 et 2),
- hôpitaux : BEH de Saint-Nazaire (conseil du groupement lauréat), BEH de Bourgoin Jallieu
- réseaux de télécommunication à haut débit des départements de Meurthe et Moselle de la Gironde
- éclairage public des villes de Rouen, Sénart-en-Essonne, Libourne, Autun, CAVDS, Divonne-les-Bains

Il est intervenu dans plusieurs séminaires sur les PPP routiers, notamment dans celui organisé, le 9 juin 2006, par l'Association des Directeurs des services techniques départementaux. Il a travaillé, aux côtés de Noël Chahid-Nourai, sur la faisabilité de l'aménagement de la RN88 et de la RN 19 par le biais de contrats de partenariat. Il participe aux projets de PPP de la liaison autoroutière L2 (conseil de l'Etat/DRE PACA) et du réseau de télécommunications GSM-R (conseil des prêteurs d'un candidat).

Il a également contribué à l'ouvrage « *Partenariats Publics-Privé : mode d'emploi juridique et approche économique* » publié en 2006 par la Documentation Française.

Par ailleurs, Jean-Luc Champy co-anime un séminaire relatif aux PPP à l'IEP de Paris.

3-3/ Documentation : textes, jurisprudence et doctrine**Législation française**

Article 2 Ordonnance
n°2004-559
du 17 juin 2004
sur les contrats de
partenariat
modifié par la loi
n°2008-735
du 28 juillet 2008

« I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. »

Article 1
Décret n°2004-1119
du 19 octobre 2004
portant création de la
mission d'appui à la
réalisation des
contrats de partenariat.

« Il est créé un organisme expert chargé de procéder en liaison avec toute personne intéressée à l'évaluation prévue à l'article 2 de l'ordonnance susvisée. Il est rattaché au ministre chargé de l'économie et des finances. »

Article 11 Ordonnance n°2004559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008	« Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) » b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; (...) »
---	--

Jurisprudence du Conseil constitutionnel ; jurisprudence du juge administratif

• Jurisprudence du Conseil constitutionnel

26 juin 2003, Déc. n°2003-473 DC (extrait)	Détermination des motifs d'intérêt général autorisant le recours au contrat de partenariat « Dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. »
2 décembre 2004, Simplification du droit II (extrait)	Précision des conditions d'urgence et de complexité « Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, « la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet » ; »
Déc. n°2008-567 DC, 24 juillet 2008 (extraits)	Elargissement encadré des motifs d'intérêt général : admission du bilan favorable « Répondent à un motif (d'intérêt général), outre la complexité du projet, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ; qu'il en est de même lorsque, en l'absence d'urgence et de complexité du projet et compte tenu soit de ses caractéristiques, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, à l'issue d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients, le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique dans l'intérêt du bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 ; » Inconstitutionnalité de la disposition du projet de loi reconnaissant une présomption d'urgence « Considérant qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées (...) ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics (...); qu'il en va de même, parce qu'il en est inséparable, du IV des mêmes articles qui rend applicable la présomption d'urgence aux projets de contrats de partenariat mentionnés au III dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 31 décembre 2012 ; »

• Jurisprudence du juge administratif

Tribunal administratif d'Orléans, 29 avril 2008 (extrait)	Première annulation d'un contrat de partenariat public-privé lancé pour la construction et l'entretien d'un collège. "l'atteinte portée au fonctionnement du service public par le retard affectant la réalisation du collège de Villemandeur ne présentait pas (...) un caractère de gravité suffisant"
M. Sueur et autres, 27 octobre 2004 (extrait)	Définition de la condition d'urgence L'urgence doit objectivement résulter, « dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs. »

Articles de doctrine

Philippe DELELIS, Jurisclasseur Administratif, fascicule 670, (extrait)

56- le tableau ci-après (matrice des risques) propose une liste complète avec une répartition purement indicative, dans l'esprit du PPP :

TYPE DE RISQUE	DETAIL	AFFECTATION DU RISQUE	Titulaire du contrat
		Personne Publique	
Construction	- expropriation et permis de construire	X	
	- risque géologique (1)	X	X
	- faillite du constructeur		X
	- risques de conception		X
	- risques de dépassement de coût		X
	- risques de non-respect de la qualité		X
	- risques de dépassement des délais		X
	- dommage aux tiers (2)		X
	- terrorisme	X	
	- force majeure	X	
Exploitation	- risque de disponibilité		X
	- risque de demande (3)	X	
	- autres risques d'exploitation		X
	- dépassement des coûts de fonctionnement	X	X
	- risque gros entretien et renouvellement		X
	- sinistre sur l'infrastructure (2)		X
	- risque de non performance		X
	- faillite de l'opérateur		X
	- dommages aux tiers (2)		X
	- force majeure	X	
	- terrorisme/vandalisme	X	
	- état de l'actif en fin de contrat		X
Financement	- taux d'intérêt avant le contrat (4)	X	
	- taux d'intérêt après le contrat		X
	- inflation		X
	- refinancement		X
Divers	- risques « politiques » : abandon du projet	X	
	- risques juridiques	X	
	- risques liés à la mise en conformité avec une nouvelle législation (protection de l'environnement, etc.)	X	X

(1) risque partagé selon la jurisprudence classique en la matière : le constructeur doit avoir accompli des diligences normales sur l'état du sous-sol. A défaut, il ne pourra bénéficier du transfert de risque à la personne publique au titre des sujétions imprévues.

(2) Risque assurable

(3) Le risque de demande est transféré en DOP. Il n'a pas vocation à l'être dans un contrat de partenariat, même si l'ordonnance, au titre des objectifs de performance, prévoit cette possibilité.

(4) Il s'agit de la période de mise en concurrence du contrat. Le coût de couverture du taux d'intérêt (avant signature du contrat) ou de fixation du taux (après signature du contrat) est nécessairement répercuté dans le montant de la redevance demandée.

MAPPP/07-07, Plan type du rapport d'évaluation préalable

La présente fiche a pour objet de préciser l'ordonnancement général et les rubriques à renseigner au titre du rapport d'évaluation préalable, afin de répondre au mieux aux exigences de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Le contenu du rapport d'évaluation préalable doit pour l'essentiel comporter des éléments contribuant à montrer que le recours au contrat de partenariat permet d'offrir à la personne publique une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse pour atteindre ses objectifs. Il convient donc d'apporter une attention toute particulière à la justification des hypothèses retenues et des chiffrages effectués, ainsi qu'aux commentaires des résultats et à l'appréciation de leur robustesse.

La trame suivante est proposée à titre indicatif sachant que des compléments forts utiles sont disponibles sur le site de la Mission d'Appui (www.ppp.minefi.gouv.fr) dont notamment « Le guide des contrats de partenariat : principes et méthodes » et l'outil de simulation financière et son guide d'utilisation.

I - Présentation du projet

- Description et statut de la personne publique porteuse du projet.
- Objet, historique, contexte et enjeux du projet.
- Etudes et procédures antérieures et en cours, décisions déjà prises ou restant à prendre, calculs de l'utilité socio-économique du projet sur lesquels la décision a été prise.

II - Partie juridique

- Exposé des raisons fondant l'urgence ou la complexité sur le plan technique, juridique et/ou financier.
- Présentation des différents schémas juridiques envisageables en dehors du contrat de partenariat (marchés publics, DSP, AOT-LOA, bail emphytéotique,...) et des raisons conduisant au choix des schémas retenus pour la comparaison et au rejet des schémas écartés.

III - Analyse comparative

III.1. Cadrage

- Descriptions des périmètres, des procédures et des contenus du schéma « contrat de partenariat » et des schémas alternatifs retenus ainsi que de leurs variantes éventuelles.
- Calendrier du déroulement (des études à la mise en service) de chaque schéma.
- Description des scénarios économiques envisagés pour le projet.
- Durée totale du contrat de partenariat (décomposition en durée des travaux et en durée d'exploitation) et justification de la durée retenue au regard de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement.

III.2. Chiffrages

- Estimation des coûts de programmation, de conception (y compris les coûts internes de maîtrise d'ouvrage, de l'évaluation préalable et d'indemnisations) et de réalisation du projet pour la personne publique. Répartition de ces coûts dans le temps et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Estimation des coûts de programmation, de conception et de réalisation du projet pour le partenaire privé. Répartition de ces coûts dans le temps et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Montant de l'investissement global toutes dépenses comprises à financer dans chaque schéma et origine des financements (subventions, recettes commerciales,...).
- Estimation des coûts d'exploitation, de maintenance, de gros entretien et de réparations dans chaque schéma et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Hypothèses de financement retenues (emprunts, durées, taux) dans les schémas et, pour le « contrat de partenariat » (marges bancaires, part des fonds propres éventuels et rendement des fonds propres, cession de créances et conditions correspondantes,...).
- Estimations sur la durée de vie du projet des coûts de gestion pour la personne publique et de la société de projet éventuelle dans le schéma « contrat de partenariat ».
- Estimation des recettes annexes éventuelles (location de locaux, recettes commerciales, vente d'énergie,...).
- Traitement comptable et fiscal retenu.

III.3. Actualisation

- Justification de la période et du taux d'actualisation retenus pour la comparaison des schémas.
- Estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne publique.
- En cas de calendriers différents de conception-réalisation entre les schémas, estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement des schémas pour la personne publique avec recalage de la date de mise en service sur celle du schéma dont la date de mise en service est la plus tardive. Si le décalage est significatif, et là où c'est possible (infrastructures de transport,...), intégration dans les valeurs actuelles des flux nets de décaissement du différentiel correspondant d'utilité socio-économique.

III.4. Prise en compte du risque

- Estimation qualitative (approche matricielle) et répartition des risques entre les acteurs public et privé.
- Valorisation monétaire des risques dans chaque schéma (avec une approche plus ou moins sophistiquée selon la nature et la taille du projet).
- Estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement des schémas pour la personne publique après prise en compte monétaire des risques (et décalage éventuel de la mise en service).
- Calculs des valeurs de basculement (qui font pencher la comparaison dans un sens ou dans l'autre) des principaux paramètres et tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts.
- Analyse des schémas en termes de performances qualitatives non monétarisables.

* * *

Le tableau synthétique suivant, qui est suggéré et qu'il conviendra d'adapter en tant que de besoin au projet, élaboré à partir des tableaux devant figurant dans les parties idoines du rapport d'évaluation, devra apparaître en fin rapport. Ce tableau sera accompagné de commentaires conclusifs rappelant, d'une part, la robustesse des résultats obtenus, mesurée à partir des tests de basculement et de sensibilité, et, d'autre part, les avantages qualitatifs associés au schéma « contrat de partenariat ».

Tableau de synthèse suggéré pour la comparaison des schémas (en euros courants TTC)

NATURE DES COUTS	Schéma alternatif		Schéma « contrat de partenariat »		Gain ou surcoût du schéma « contrat de partenariat »
	Montant annuel	Montant total	Montant annuel	Montant total	
Coûts de programmation, de conception et de réalisation		Total		Total	Ecart
Coût de programmation		Total		Total	Total
Coût de conception		Total		Total	Total
Coût de réalisation		Total		Total	Total
Coût d'indemnisations et frais de gestion des procédures et du projet		Total		Total	Ecart
Coût d'indemnisations		Total		Total	Total
Frais de gestion des procédures et du projet		Total		Total	Total
Taxes et droits divers		Total		Total	Ecart
Taxes		Total		Total	Total
Droits		Total		Total	Total
Coût d'exploitation et de maintenance	Total	Total	Total	Total	Ecart
Coût d'exploitation	Total	Total	Total	Total	Total
Coût de maintenance	Total	Total	Total	Total	Total
Coût du gros entretien et des réparations		Total		Total	Ecart
Coût du gros entretien		Total		Total	Total
Coût des réparations		Total		Total	Total
Coût du financement (frais financiers)		Total		Total	Ecart
Recettes annexes		Total		Total	Ecart
Subventions		Total		Total	Ecart
Total des coûts nets non actualisés avant prise en compte monétaires des risques *		TOTAL		TOTAL	ECART
Total des coûts nets actualisés avant prise en compte monétaires des risques *		TOTAL		TOTAL	ECART
Total des coûts nets non actualisés après prise en compte monétaires des risques *		TOTAL		TOTAL	ECART
Total des coûts nets actualisés après prise en compte monétaires des risques *		TOTAL		TOTAL	ECART

* et avec décalage éventuel de la date de mise en service

MAPPP, Analyse préliminaire de l'intérêt du recours au Contrat de partenariat

L'ordonnance du 17 juin 2004 relative au Contrat de Partenariat (CP) confère au rapport d'évaluation préalable le rôle de garant de la pertinence de la procédure. Le législateur, conscient de la portée de l'engagement de la personne publique à travers ces contrats de longue durée, a ainsi imposé une grande rigueur à l'autorité contractante en lui demandant de justifier le choix final de l'attributaire sur la base des critères d'attribution du contrat et au regard des conclusions du rapport d'évaluation préalable.

La phase d'évaluation constitue ainsi un enjeu très important au regard tant de la solidité juridique que de l'intérêt économique de la procédure de contrat de partenariat. Cet exercice est une innovation dans la sphère de gestion publique en France, et correspond à l'une des phases les plus délicates de la procédure.

Il nécessite une expertise approfondie en matière juridique, financière et technique et suppose une démarche rigoureuse nécessitant un investissement significatif de ressources et de compétences de la part de l'autorité contractante. La MAPPP apporte un appui méthodologique, mais ne prend pas en charge l'élaboration de cette évaluation (qu'elle valide au final) : le recours à des conseils et assistants externes sera donc généralement nécessaire.

I- OBJECTIFS DE LA PHASE D'ANALYSE PRELIMINAIRE

Compte tenu des enjeux rappelés, il est souhaitable de démarrer les projets pour lesquels un recours à un CP est envisagé par une analyse préliminaire à la phase d'évaluation proprement dite, analyse menée en interne et destinée à :

- a) Porter une première appréciation des moyens à investir et de l'organisation à mettre oeuvre par le partenaire privé pour répondre aux besoins.
- b) Cerner les impacts d'un tel partenariat sur l'organisation de la personne publique contractante.
- c) Fournir les éléments d'appréciation permettant de décider d'enclencher ou non la phase d'évaluation proprement dite.

II- CRITERES DE PERTINENCE

Il s'agit de déterminer si le contrat de partenariat est un cadre contractuel approprié à la nature et aux besoins du projet. Les critères ci-dessous visent à répondre à cette question centrale.

A.1 - Le besoin est-il global (conception-réalisation-financement-exploitation) et peut-il être satisfait par un partenaire privé sous forme d'un contrat de service de longue durée ?

Le partenariat correspond à une mission globale, qui va permettre une meilleure efficacité et des coûts réduits. Cette mission, confiée à une entreprise ou un groupement, doit concourir, sans s'y substituer, à la mission de service public dont la personne publique est et reste chargée.

A.2 - Y a-t-il possibilité de faire payer tout ou partie du service à un usager/client final identifié ou bien ce service est-il rendu et doit-il corrélativement être payé par la collectivité publique ?

S'il y a un usager final solvable, la solution DSP doit être examinée en priorité.

A.3 - Le périmètre du service a-t-il une délimitation claire et se prête-t-il à ce que le futur partenaire privé puisse en contrôler l'exécution de bout en bout ?

La réponse apportée à cette question est importante, car un morcellement du service entre plusieurs intervenants rend

très difficile la responsabilisation contractuelle du partenaire privé sur la base d'un service clairement identifiable.

A.4 - Le besoin peut-il être exprimé clairement en termes de résultats à atteindre ?

C'est-à-dire peut-on définir clairement des exigences de qualité de service ? Est-ce qu'il sera possible de définir le volume de service à rendre selon une périodicité fixe ?

A.5 - Le personnel dont les tâches seraient assumées par le partenaire peut-il être réaffecté? Peut-on transférer ou mettre du personnel à disposition du partenaire privé?

A apprécier au regard tant du droit social que des contraintes d'affichage politique et social.

A.6 - Est-il possible de concevoir des indicateurs pertinents pour mesurer et rémunérer le service réellement rendu ?

Si on ne sait pas concevoir des indicateurs synthétiques, le pilotage du contrat sera problématique et coûteux pour les services en charge du suivi de son exécution.

A.7 - Y a-t-il matière pour le partenaire privé à générer des revenus annexes en provenance de clients tiers ?

Le caractère annexe doit être apprécié au regard de l'objet principal du contrat et non en termes monétaires ou quantitatifs

A.8 - La complexité (technique et/ou du montage juridique et financier) du projet peut-elle être présumée ? A défaut, l'urgence paraît-elle invocable ?

Ce critère doit permettre d'apprécier autant que possible la probabilité de l'éligibilité juridique du projet au traitement en CP.

A.9 - Le projet requiert-il du futur partenaire privé des investissements importants en actifs immobilisés ?

Si les investissements anticipés sont faibles, il conviendra alors de privilégier une logique de soustraction ou d'externalisation de services contractualisable dans le cadre du Code des Marchés Publics..

III- CRITERES D'ATTRACTIVITE ECONOMIQUE

1) pour le partenaire public :

E.1 Peut-on imaginer des formules innovantes au plan technique ou dans l'organisation industrielle du partenaire, génératrices d'économie?

E.2 Les solutions techniques et organisationnelles offrent-elles de la souplesse ?

E.3 Le cocontractant public est-il prêt à accepter des propositions sur un périmètre de service différent si un gain économique peut en être retiré ?

2) pour le partenaire privé :

E.4 Le projet a-t-il suffisamment de potentiel concret pour attirer les partenaires privés ?

E.5 Le secteur privé concerné a-t-il les capacités de mener à bien un tel projet sur la durée ?

E.6 Peut-on imaginer un régime de paiement incitatif ?

IV- CRITERES D'EVALUATION DES RISQUES

Est-ce que le projet se prête à une meilleure gestion des risques par le secteur privé en termes :

R.1 : De conception : le partenaire peut-il être chargé d'assurer la conception et le développement de tous les équipements, matériels et ouvrages nécessaires ?

R.2 : De financement : le partenaire peut-il être chargé de mettre en place et d'assurer le financement nécessaire au projet durant toute la durée d'exécution du contrat ?

R.3 : De mise en oeuvre : le partenaire peut-il être chargé d'assurer tous les aspects d'exécution et de certification des investissements, et de montée en charge des services à rendre ?

R.4 : D'exploitation : le partenaire peut-il fournir un service de haute qualité, aux niveaux de disponibilité exigés en garantissant un service sans interruption ?

R.5 : D'usage : le partenaire peut-il supporter les coûts liés à une variation de la demande ?

R.6 : De changement du droit : le partenaire peut-il assumer les conséquences de changements de la législation générale - telles que l'augmentation du salaire minimum ou l'évolution de la durée légale du temps de travail ?

R.7 : D'obsolescence : le prestataire peut-il assurer que les moyens utilisés pour fournir le service soient maintenables pendant toute la durée du contrat et restent à jour des meilleures pratiques du marché ?

R.8 : De retrait de service : si le cocontractant public ne souhaite pas être propriétaire à la fin du contrat, le fournisseur peut-il supporter les coûts de démantèlement ou le risque de revente ?

V- PLAN TYPE D'UN RAPPORT D'ANALYSE PRELIMINAIRE

A l'issue de cette analyse préliminaire, il est suggéré de produire un rapport succinct qui, en cas de conclusion positive, a vocation à être repris dans le rapport de présentation destiné à la Mission d'Appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP).

1 - Présentation du projet et de son environnement

Il s'agit de présenter sous forme résumée le contour complet du projet, son environnement et les périmètres d'externalisation envisageables. Peuvent être également exposés les enjeux futurs (besoins actuels et évolution, etc.) ainsi que les contraintes d'ordre fonctionnel, calendaire ou financier. Il s'agit enfin d'indiquer pourquoi l'option du recours à un contrat de partenariat a été envisagée pour motiver le démarrage de l'analyse préliminaire.

2 - Délimitation du ou des périmètres

Dans la phase amont que constitue l'analyse préliminaire, le périmètre du projet donné est souvent à géométrie variable. Deux cas de figure bien distincts se présentent :

- a) le projet de partenariat concerne un service existant et déjà rendu en interne par le personnel public ou
- b) il s'agit d'une activité nouvelle.

3 - Conclusions de l'analyse préliminaire

3.1 - Facteurs et contraintes dimensionnant le projet

3.2 - Réponses aux critères de la grille ci-dessus

3.3 - Présentation des points durs à traiter en phase d'évaluation préalable

Bibliographie sommaire

- ✓ T.Dal Farra, Risque juridique et contrats de partenariat, Contrats Publics n°36, septembre 2004
- ✓ La Gazette des communes, des départements et des régions, Le financement des PPP en France, rapport du groupe des banques et organismes financiers membres de l'IGD, cahier détaché n°2-42/1861, 13 novembre 2006
- ✓ F.Linditch, Premier regard sur la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, Semaine juridique Entreprises et Affaires n°39, 25 septembre 2008, 218 7
- ✓ B. Martor et V. Degenne, L'évaluation préalable des PPP : un passage obligé pour la réussite du partenariat : Cah. dr. entr. 2006, n°4, p. 21
- ✓ C.Milhat, L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée de service public, Contrats et Marchés publics n°10, octobre 2006, étude 17
- ✓ P.Vandevoorde, Le Partage Public/privé dans le financement des infrastructures et des équipements urbains, avril 2006

4/ TABLE RONDE N°4 :

Prévention et règlement des difficultés d'exécution des contrats et des litiges

4-1/ Introduction du thème de la table ronde

L'objet de la quatrième table ronde est de mettre l'accent sur la prévention et sur les modes alternatifs de règlement des difficultés d'exécution des contrats.

La table ronde aura pour objet de débattre notamment sur :

- ✓ La rédaction du contrat dans une logique de prévention des difficultés d'exécution
- ✓ L'identification et la typologie des difficultés
- ✓ Le choix du mode alternatif de règlement des litiges
- ✓ Le recours au juge et notamment la question de l'homologation des transactions par le juge

4-2/ Présentation des intervenants

Présidence :

Daniel LABETOULLE



Ancien président de la section du contentieux - Conseil d'Etat

Diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris, ancien élève de l'ENA, Daniel Labetoulle est conseiller d'Etat.

Dans le cadre de son activité au Conseil d'Etat, il a notamment exercé les fonctions de commissaire du gouvernement près les formations contentieuses et près le tribunal des conflits, président de sous-section puis président de la section du contentieux.

Daniel Labetoulle est également vice-président de la Commission supérieure de codification, président de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, vice-président de l'Institut de la gestion déléguée depuis 2006 et professeur associé à l'université Paris-II depuis 2002.

Il est l'auteur de *Les leçons de droit administratif* (1989) et *Le permis de construire* (1982)

Intervenants :

Gilles TEMPLE



Directeur des grands projets Icade et Directeur Général de la société de projet du PPP Saint-Nazaire

D'un parcours atypique, puisqu'ingénieur mécanicien diplômé de l'Institut National des Sciences Appliquées de Lyon, Gilles Templé a pratiqué le métier de management d'opérations complexes en qualité de Chef de Projet sur le site nucléaire de La Hague, pour le compte de TECHNIP pendant six ans.

Les opportunités professionnelles l'ont finalement conduit à travailler chez ICADE (anciennement la SCIC) à partir de 1995, dont l'actionnaire de référence est la Caisse des Dépôts, pour notamment prendre en charge le montage d'opérations majeures en PPP telles que la Cité Sanitaire de Saint-Nazaire ou le projet Etoile à Lyon.

Il est aujourd'hui Directeur Général de la société de projet LA CITE, emphytéote du PPP St-Nazaire, et Directeur des grands projets d'ICADE.

Marc de MONSEMBERNARD



Avocat - Cabinet Klein Godard et Associés

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, section « service public » (1991) et ancien élève de l'Ecole Nationale de l'Administration, promotion Victor Schoelcher (1996), Marc de Monsebernard a occupé les fonctions de conseiller rapporteur puis de commissaire du Gouvernement au Tribunal administratif de Melun où il a traité différentes affaires sur les contrats publics entre 1996 et 2000. Après un passage de trois ans à la Commission de régulation de l'énergie en tant que directeur juridique, il a rejoint le barreau de Paris en 2003 et le cabinet KGA Avocats en 2005. Responsable avec Laurent-Xavier Simonel du département de droit public des affaires, il est spécialisé dans les questions relatives aux aspects juridiques des financements innovants d'investissements publics ainsi qu'à la passation et à l'exécution de contrats publics, notamment.

Il est par ailleurs maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris depuis 1997.

Il a corédigé l'ouvrage *Pratique et rédaction des marchés publics* paru aux éditions Weka en 2005.

Christophe VENANCE



Juriste - GTM Vinci

Diplômé d'un DESS juriste d'entreprise publique et d'un DEA de droit public interne (Université Paris I – Sorbonne), Christophe Venance a intégré en 1997 la direction juridique du siège de Dumez-GTM, aujourd'hui Vinci Construction France.

Dans l'exercice de ses fonctions, il a conseillé les opérationnels et effectué le suivi des contentieux pour ce qui concerne plus particulièrement le droit des marchés publics. Affecté au pôle PPP et montage public, il participe au montage des contrats globaux (BEA collectivités, BEH, AOT-LOA, PPP) et des délégations de service public en France, en synergie avec des conseils selon les cas.

Christine MAUGÜÉ



Conseiller d'Etat

Titulaire d'une maîtrise d'histoire, diplômée de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris, ancien élève de l'Ecole nationale supérieure de Sèvres (1982-1985) et de l'Ecole d'administration (ENA) (1986-1988), Christine Maugüé est conseiller d'Etat.

Elle a ainsi exercé les fonctions de commissaire du gouvernement près la section du contentieux entre 1994 et 2003. Chargée de mission auprès du directeur des affaires juridiques pour la réforme du Code des marchés publics (1999-2005) puis de la Mission d'appui aux contrats de partenariat public-privé (depuis 2005) au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Christine Maugüé est également rédacteur en chef de la revue « Bulletin Juridique des Contrats Publics ».

Christine Maugüé fut aussi professeur associé à l'université de Paris II – Panthéon-Assas entre 1996 et 2005. Elle est à présent professeur associé à l'université de Paris I – Panthéon Sorbonne.

« Trouble-fête » :

Laurent DERUY



Avocat associé - Cabinet Gide Loyrette Nouel ; administrateur de l'Institut de la gestion déléguée (IGD)

Laurent Deruy est avocat associé du Cabinet Gide Loyrette Nouel en charge du département de droit public depuis 1989 après avoir exercé les fonctions de magistrat à la Cour des comptes.

Il est plus particulièrement spécialisé en droit des contrats publics et a, à ce titre, participé à l'élaboration des différents textes relatifs aux contrats de partenariat.

Laurent Deruy enseigne le contentieux économique au sein du Master de droit public de l'économie de l'Université de Paris II Panthéon-Assas.

Il est administrateur de l'Institut de la Gestion Déléguée et membre du comité de rédaction du Bulletin Juridique des Contrats Publics.

Il est enfin coauteur du *Guide opérationnel des PPP* paru aux Editions Le Moniteur.

Diane POUGET



Directrice déléguée aux programmes PPP - Agence Publique pour l'Immobilier de la Justice (APIJ)

Ancienne élève de l'école polytechnique (1995), Ingénieur des ponts et chaussées, titulaire du MBA du collège des Ingénieurs, Diane Pouget a débuté sa carrière comme chef du service Grands Travaux à la Direction Départementale de l'Equipement de la Moselle (2001-2004) après plusieurs expériences dans le domaine du financement et de l'évaluation économique des projets au sein de la direction de projets de la Lyonnaise des Eaux, Suez (1999-2000) puis chez Réseau Ferré de France (2000-2001).

En octobre 2004, elle a rejoint l'Agence Publique pour l'Immobilier de la Justice, principal service constructeur du Ministère de la Justice, où elle a exercé les fonctions de directeur de programme, assurant la conduite d'opérations immobilières judiciaires et pénitentiaires successivement en maîtrise d'ouvrage publique puis en partenariat public-privé. Depuis février 2008, elle occupe le poste de directeur au sein du comité de direction de cet établissement public.

4-3/ Documentation : textes, jurisprudence et doctrine

Législation française

- **Force obligatoire du contrat**

Article 1134
du Code civil

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

- **La conciliation**

Article L. 3
du Code des tribunaux
administratifs et des cours
administratives d'appel

« Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation ».

- **La transaction**

Article 2044
du Code civil

La transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

« quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation »

Article 2052
du Code civil

« les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ».

- **L'arbitrage**

Article 2060
du Code civil
(extrait)

« On ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. »

Article 128
Du Code des marchés
publics

« Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile. Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie. »

Article 11 I)
De l'ordonnance du 17 juin
2004
relative aux contrats de
partenariat

« Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) »

I) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française. »

Jurisprudence du Conseil d'Etat

- **Théorie générale du contrat administratif**

CE , 11 mars 1910,
*Compagnie générale
française des tramways*

Principe de mutabilité du contrat administratif

Le Conseil d'Etat reconnaît à l'Administration un pouvoir de modification unilatérale des stipulations du contrat, à l'exception des clauses financières. En contrepartie, son cocontractant a droit à une compensation financière couvrant intégralement l'éventuel surcoût résultant de la modification.

CE, 31 mai 1907, *Deplanque*
CE, 30 mars 1916,

L'administration dispose d'un pouvoir de sanction indépendamment des stipulations contractuelles.
Théorie de l'imprévision

Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux	Le Conseil d'Etat admet qu'en certaines hypothèses, le cocontractant qui a rencontré des difficultés majeures pour exécuter son contrat en raison de circonstances imprévisibles, extérieures, ayant entraîné un bouleversement temporaire de l'économie du contrat a droit à une indemnité d'imprévision.
CE, 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux	Théorie des sujétions imprévues Le cocontractant a droit à être indemnisé lorsque, du fait des circonstances, il a supporté une charge plus lourde que prévu. Pour remplir ses obligations, il a dû fournir des prestations supplémentaires. Si ces difficultés d'exécution ont un caractère exceptionnel et imprévisible, le partenaire de l'administration reçoit une indemnité qui, en l'absence de faute de sa part, couvre l'intégralité du préjudice subi et la totalité des frais engagés.
CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg	Théorie de la force majeure administrative En cas d'impossibilité de rétablir la situation, le déséquilibre permanent du contrat est assimilé à un cas de force majeure qui conduit à la résiliation de la convention décidée, faute d'accord, par le juge, et au versement d'une indemnité calculée comme en matière d'imprévision.
CE, 22 novembre 1907, Coste	Principe de liberté de modification consensuelle du contrat par le biais d'un avenant au contrat principal.
CE, 20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux Avis CE, 8 juin 2000	Modification consensuelle du contrat par le biais d'une cession de la convention par le cocontractant à un tiers, à la condition d'obtenir l'accord préalable de l'administration.
Jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'arbitrage	
CE Ass, 13 décembre 1957, Société Nationale des ventes de surplus	L'interdiction concernant les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage est un principe général du droit.
Avis CE, 6 mars 1986, EuroDisneyland	« les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne »
Jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de transaction	
CE, section, 19 mars 1971, Merghi	La transaction, qui est un contrat régi par les articles 2044 et suivants du code civil, doit comporter à ce titre des concessions réciproques et se trouve soumise au contrôle du juge en cas de demande d'homologation.
Avis, 6 décembre 2002, syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-roses	Le Conseil d'Etat a rappelé que, en application des dispositions du Code civil, une transaction a l'autorité de la chose jugée entre les parties "sans que puissent y faire obstacle les règles de la comptabilité publique". Cela signifie que les comptables publics ne devraient plus pouvoir exiger l'homologation d'une transaction par le juge pour verser les sommes convenues. Le Conseil d'Etat pose clairement le principe qu'en droit administratif, il est possible, si l'intérêt général le justifie, de saisir le juge administratif, à la seule fin qu'il homologue une transaction conclue à propos d'une contestation qui n'a pas encore été portée devant lui. Une telle possibilité vise très concrètement à permettre la résolution des difficultés nées de l'annulation ou de la déclaration de nullité d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public notamment, difficultés qui ne seraient pas régularisables.
CE Ass, 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag	Le Conseil d'Etat se reconnaît la possibilité d'homologuer une transaction à l'occasion d'un litige dont il était saisi en tant que juge de cassation Selon l'article 2044 du code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. En vertu de l'article 2052 de ce code, un tel contrat de transaction a entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique. Toutefois, les parties à une instance en cours devant le juge administratif peuvent présenter à celui-ci, y compris à l'occasion d'un pourvoi en cassation, des conclusions tendant à l'homologation d'une transaction par laquelle elles mettent fin à la contestation initialement portée devant la juridiction administrative. Il appartient alors au juge administratif, qui se prononce en tant que juge de l'homologation, de vérifier que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de celle-ci est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. En cas d'homologation de la transaction, le juge administratif doit constater le non lieu à statuer sur la requête ou, dans le cas où la partie requérante aurait subordonné son désistement à l'homologation de la transaction, donner acte de ce désistement. En revanche, le refus d'homologation entraînant la nullité de la transaction, il appartient dans cette hypothèse au juge de statuer sur la requête.

Articles de doctrine

Philippe NUGUE, « Commande publique et risque contentieux en 2009 – Entre ouverture et fermeture des voies de recours, un contentieux schizophrène ? », la semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n°48, 24 novembre 2008, 2266, (extrait)

3. Le risque de contentieux accru au cours de l'exécution, le référé provision

20. - Outre les réclamations des entreprises au titre de rémunération supplémentaire, contentieux classique, le contentieux de l'exécution s'est enrichi d'une nouvelle arme : le référé provision. L'accès au juge du référé-provision est ouvert à la fois aux collectivités publiques et aux cocontractants de l'Administration. Cet accès est même ouvert aux intervenants périphériques au contrat lui-même, comme le sous-traitant agréé¹.

21. - Une condition de fond : il est exigé l'existence d'une obligation non sérieusement contestable. La simple circonstance qu'une obligation soit contestée ne la rend pas ipso facto sérieusement contestable². Le caractère contestable ou non de la créance résulte parfois de sa qualification juridique, souvent d'une pure appréciation des faits soumis au juge des référés-provisions.

22. - Le Conseil d'État a modifié en 2003 de la manière la plus nette³, sa position de principe consistant à refuser toute provision lorsqu'elle était demandée avant l'établissement du décompte général d'un marché.

La règle a été appliquée au paiement des acomptes, mais également dans des configurations où l'exécution du marché rencontre de graves problèmes : interruption définitive de l'exécution du marché en raison d'une carence du maître d'ouvrage à obtenir les autorisations administratives qu'il s'était engagé à recueillir⁴.

Face à un risque avéré de contentieux, et compte tenu du coût, de la durée et de l'aléa de tout procès, on ne peut que conseiller aux parties le recours à d'autres modes de règlements.

4. Les modes de résolution alternatifs des litiges

A. - La conciliation amiable ou judiciaire

23. - Les parties font appel à un tiers, afin de leur proposer une solution, qu'elles restent libres d'accepter ou non. La conciliation peut être prévue et organisée par le contrat pour tout ou partie des litiges⁵, mais même en l'absence d'une telle clause, les parties peuvent décider d'y avoir recours. Elle est organisée librement, peut être un préalable obligatoire ou non à la saisine du juge⁶. Le conciliateur désigné peut-être une autorité administrative – directeur départemental de l'équipement, préfet – un ordre professionnel comme celui des architectes, une instance ad hoc⁷..

24. - En matière de marchés publics, le recours à la conciliation s'exerce le plus souvent dans le cadre de la procédure institutionnelle prévue à l'article 131 du Code des marchés publics devant les comités consultatifs de règlement amiable, qui ont pour mission « de rechercher des éléments de droit ou de fait, en vue d'une solution amiable et

¹ *Tout comme il a le droit d'engager, d'ailleurs, une procédure de référé-expertise* : CE, 24 juin 2002, n°240271, Dpt Seine-Maritime c/ Presspali SPA : JurisData n°2002-064058 ; JCP A 20 02, 1054 ; Contrats – Marchés publ. 2002, comm. 212, note J.-P. Pietri ; Collectivités – Intercommunalité 2002, comm. 242, note T. Célerier. – CAA Bordeaux, 19 déc. 1989, n°89BX01772, Cousse ran : JurisData n°1989-049433 ; Rec. CE 1989, p. 368.

² CAA Nantes, 4 juill. 1990, n°90NT00223, Lahure et Matmut c/ GDF : JurisData n°1990-652194 ; Rec. CE 1990, tables p. 921.

³ CE, 3 déc. 2003, n°253748, Bernard Travaux Polynés ie : JurisData n°2003-066153 ; JCP A 2004, 1035 ; Contrats – Marchés publ. 2004, comm. 30, obs. G. Eckert.

⁴ CE, 2 juin 2004, n°254400, Sté Sélécom : JurisData n°2004-066947 ; Contrats – Marchés publ. 2004, comm. 179, J.-P. Pietri ; Dr. adm. 2004, comm. 126, A. Ménéménis ; *interruption d'un marché par une cause extérieure, au moins en apparence, à la volonté des parties*. – CE, 2 juin 2004, n°230729, Cne Cluny : JurisData n°20 04-066946 ; Collectivités – Intercommunalité 2004, comm. 198, G. Pellissier ; Dr. adm. 2004, comm. 126, A. Ménéménis. – *Arrêt qui infirme la solution contraire retenue par CAA Lyon*, 27 déc. 2000, n°00LY00010, Ponceblanc : JurisData n°2000-141941 ; Rec. CE 2000, p. 716, concl. F. Bourrachot..

⁵ CE, 27 juill. 1984, Sté Otis, RDP : Rec. CE 1984, p. 247

⁶ CE, 6 oct. 1976, Kock : Rec. CE 1976, p. 396.

⁷ CAA Marseille, 28 déc. 2000, n°00MA00477, Sté Tran smontagne : JurisData n°2000-151629 ; BJCP 2001, p. 431.

équitable ». Les comités régionaux et interrégionaux sont compétents pour les marchés passés par les services déconcentrés de l'État, par les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Les parties peuvent saisir le comité à tout moment, le titulaire dès lors qu'une de ses demandes a été rejetée.

Le comité rend un avis qui est une proposition de résolution du litige. La personne publique peut ou non le suivre, et l'entreprise accepter ou non la décision. Si les deux parties s'accordent, la conciliation se matérialise le plus souvent par une transaction, éventuellement par un avenant au marché, si celui-ci n'est pas achevé.

25. - Les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation judiciaire⁸. Elle fut, par exemple, utilisée avec succès pour l'indemnisation du concessionnaire du boulevard périphérique de Lyon, à la suite de la résiliation contrat de concession⁹. Conciliation judiciaire et conciliation contractuelle peuvent se combiner, lorsque les parties demandent au juge de leur désigner un conciliateur ou de présider la commission de conciliation prévue au contrat.

B. - La transaction

26. - La transaction se définit comme un contrat « par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »¹⁰. Encouragée par le Conseil d'État¹¹, la transaction peut être utilisée par toutes les personnes publiques pour tous litiges¹². La loi du 2 mars 1982 a dispensé les communes de l'autorisation préalable par l'autorité de tutelle, qui leur était nécessaire.

27. - La transaction repose sur des concessions réciproques des parties, fréquemment, renoncement d'une partie de saisir le juge, en contrepartie de la reconnaissance, par l'autre, de sa responsabilité et du versement immédiat d'une indemnité inférieure à celle que pourrait allouer le juge. La transaction intervient souvent, après l'introduction de l'instance. Les parties peuvent demander au juge par des conclusions expresses de constater l'existence de leur accord¹³ ou de l'homologuer. Le Conseil d'État¹⁴ considère que l'homologation doit rester exceptionnelle, la transaction étant exécutoire de plein droit¹⁵. La transaction met fin au litige¹⁶. Elle a, au moins, la force juridique d'un contrat qui oblige les parties à en exécuter les termes¹⁷. Pour la personne publique, elle constitue, en elle-même, un titre exécutoire au vu duquel le comptable doit payer.

C. - L'arbitrage

28. - Il consiste à faire trancher le litige, non pas par un juge, mais par un ou des arbitres choisis par les parties, qui statuent selon les règles fixées par les parties et rendent une décision, dite « sentence arbitrale », qui s'impose aux parties. L'arbitrage peut être prévu par le contrat¹⁸ ou mis en place une fois le conflit né. En principe interdit aux

⁸ CJA, art. L. 211-4. – CE, ass., 23 juin 1989, Véritas : Rec. CE 1989, p. 146, concl. M. Lévis ; AJDA 1989, p. 477, chron. A. Honorat et E. Baptiste.

⁹ Conciliation menée par le président du tribunal administratif de Lyon, citée par J.-M. Le Gars, Conciliation et médiation en matière administrative : AJDA 2000, p. 507.

¹⁰ C. civ., art. 2044.

¹¹ CE, ass., 6 déc. 2002, n°249153, Synd. district l'Haÿ-les-Roses : JurisData n°2002-064591 ; Rec. CE 2002, p. 433, concl. Le Châtelier ; JCP A 2002, 1340 ; JCP G 2003, IV, 1960 ; JCP E 2003, 107 ; Dr. adm. 2003 comm. 44, note A. Ménéménis ; Dr. adm. 2003, chron. 8, F. Sabiani ; AJDA 2002, p. 280.

¹² CE, 11 mars 1893, Cie Nord c/ Min. Guerre : Rec. CE 1893, p. 245, concl. J. Romieu ; S. 1984, 3, p. 119. – CE, 8 avr. 1921, Cie N'Golo-Sangha : Rec. CE 1921, p. 35.

¹³ CE, 23 avr. 1958, Min. PTT c/ Cachard : Rec. CE 1958, tables p. 993. – CE, 9 nov. 1949, Marquis c/ Ville Pantin : Rec. CE 1949, p. 470, sanctionnant l'accord entre les parties en condamnant une commune à payer la somme arrêtée par l'expert sur laquelle la commune et l'entrepreneur étaient d'accord.

¹⁴ CE, ass., 6 déc. 2002, n°249153, Synd. intercnal é ts second cycle second degré district l'Haÿ-les-Roses, préc. : BJCP 2003, p. 54.

¹⁵ TA Paris, 2 avr. 2003, Lion : JurisData n°2003-239 744 ; AJDA 2003, p. 1286.

¹⁶ CE, 13 mars 1984, OPHLM Firminy Mederic Prévoyance : Rec. CE 1984, p. 45.

¹⁷ CE, 5 mai 1971, n°77007, Ville Carpentras : Rec. C E 1971, p. 326

¹⁸ C. civ., art. 2061 : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

personnes publiques¹⁹, y compris les établissements publics industriels et commerciaux²⁰, l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement d'un conflit, à la différence de la conciliation et de la transaction.

L'acheteur public doit plus que jamais s'entourer de compétences, pour anticiper et réagir vite

29. - Exception la plus importante depuis un siècle²¹ reprise à l'article 128 du Code des marchés publics : « l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux, peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage ». Le Code de procédure civile laisse une grande latitude pour désigner un ou plusieurs arbitres, fixer le délai de la mission (à défaut limité à six mois), suivre ou non les règles de procédure prévues pour les tribunaux, sous réserve du respect des principes directeurs d'un procès, décider que l'arbitre ne tranchera pas en droit, mais statuera en équité (amiable compositeur). Les délibérations des arbitres sont secrètes. La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée²².

30. - Entre augmentation et diminution des risques d'annulation, 2009 ne devrait pas voir diminuer les contentieux, surtout si la crise dont le Monde parle s'installe durablement. Face à une technicité élevée, dans un contexte économique tendu, l'acheteur public doit plus que jamais s'entourer de compétences, pour anticiper et réagir vite.

¹⁹ L'article 2060 du Code civil fait interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Le Code civil ne fait ainsi que confirmer les « principes généraux du droit public français » (CE, avis, 6 mars 1986, Eurodisney : EDCE 1987, p. 118 ; GACE 1997, p. 219) déclarant nulle la clause compromissoire contenue dans le contrat entre l'État et la société américaine Walt Disney.

²⁰ CE, ass., 13 déc. 1957, Sté nat. vente surplus : Rec. CE 1957, p. 617 ; D. 1958, jurispr. p. 517, concl. F. Gazier et note J.-M. Lhuillier.

²¹ L. 17 avr. 1906, portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1906 : Journal Officiel 18 Avril 1906

²² CE, 21 avr. 1943, Sté ateliers construction nord France : Rec. CE 1943, p. 107. – CE, ass., 4 janv. 1957, Lamborot : Rec. CE 1957, p. 12.

Bibliographie sommaire

- ✓ J-B Auby, La transaction en matière administrative, AJDA, 1956, p.1. Lyon-Caen, sur la transaction en droit administratif, AJDA, 1997, n°48
- ✓ N.Chahid-Nouraiï et J-L Champy, Des contrats de partenariat plus attractifs, Allen & Overy LLP 2008
- ✓ Les études du Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La Documentation Française, 1993
- ✓ T. Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, D. 2008. 180
- ✓ T. Clay, Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar !, LPA 24-25 mars 2008, p. 3
- ✓ J.-L. Delvolvé, Une véritable révolution... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), Rev. arb. 2007. 373
- ✓ J-P.Jouguelet, Conciliation, transaction et arbitrage, Jurisclasseur Administratif, 1995, Fascicule 1005
- ✓ Rapport du Groupe de travail présidé par M. Labetoulle sur l'arbitrage, 13 mars 2007
- ✓ « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges », entretien avec Daniel Labetoulle, AJDA 2007. 772
- ✓ « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », entretien avec Daniel Labetoulle JCP A 2007. 2093
- ✓ S. Lazareff, Paris place d'arbitrage menacée, Gaz. Pal. 29 mars 2008, n°89
- ✓ S. Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif ; approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, Rev. arb. 2007. 407.
- ✓ S. Lemaire, C. Jarrosson et L. Richer, Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif, AJDA 2008. 617
- ✓ Y. Nouvel, L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, Procédures n°8, Août 2007, étude 18
- ✓ P. Terneyre, C. Vérot, Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable
- ✓ P. Terneyre, L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques, BJCP 2007, n°52, p. 170

CLOTURE DE L'ENTRETIEN par M. Philippe TERNEYRE : Professeur à l'Université de PAU

Philippe TERNEYRE



Professeur de droit public à l'université de Pau

Philippe Terneyre est professeur agrégé de Droit Public et ancien doyen de la faculté de Droit, d'Economie et de Gestion de Pau.

Il est auteur de plusieurs ouvrages sur le droit des contrats publics parmi lesquels :

- *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Economica 1989.
- *Droit des marchés publics*. Ouvrage collectif aux éditions du Moniteur (mise à jour permanente).
- *Droit public des affaires*. Ouvrage en collaboration avec le Professeur RAPP. Editions Lamy, réédition annuelle depuis 1996, dernière édition 2006.

Il est également corédacteur en chef du Bulletin Juridique des Contrats Publics.